Nous reptes del Dret de família

Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa

23 i 24 de setembre de 2004

Nous reptes del Dret de família

(Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa)

Nous reptes del Dret de família

Materials de les *Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*

Coord:
Àrea de Dret Civil,
Universitat de Girona

Girona 2005

Documenta Universitaria

BIBLIOTECA DE CATALUNYA. DADES CIP

Jornades de Dret Català (13es : 2005 : Tossa de Mar) Nous reptes del dret de família : materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa / coord: Àrea Dret Civil, Universitat de Girona. -- Girona : Documenta Universitaria, 2005. -- p. ; cm. -- (Documenta Universitaria)
Text en català, castellà i anglès
ISBN 84-934685-2-5

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil
1. Dret de família – Congressos 2. Dret de família – Aspectes econòmics – Congressos 3. Patrimoni – Congressos 4. Unions estables de parella – Congressos

CIP 347.61/.64(063) JOR

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plagiessin, distribuïssin o comuniquessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®
www.documentauniversitaria.com
info@documentauniversitaria.com

Edicions a Petició, SL
CIF B17741240

Pl Ferrater Mora, 1
17071 GIRONA
tf. +34 972418992
fax +34 972418978

Pl. Europa, 3, 2on-2a
17005 GIRONA
tlf. +34 630608231
fax +34 972200049

www.edicionsapeticio.com
info@edicionsapeticio.com

Primera edició

ISBN: 84-934685-2-5
ISBN 13: 978-84-934685-2-1

D.L.: B-XXXX-2005

Imprès a PUBLIDISA

Girona, novembre de 2005

Aquestes *Tretzenes Jornades* han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya i el suport de l'Ajuntament de Tossa de Mar i de:

Universitat de Girona

Generalitat de Catalunya. Departament d'Universitats,

Recerca i Societat de la Informació

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col.legi d'Advocats de Figueres

Col.legi d'Advocats de Girona

Col.legi d'Advocats de Terrassa

Col.legi de Notaris de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Diputació de Girona

ÍNDEX

PONÈNCIES

PRIMERA PONÈNCIA
L'"EUROPEÏTZACIÓ" DEL DRET DE FAMÍLIA

Family Law - A Challenge for Europe? *21*
Walter Pintens
I. Two Cases as an Introduction 21
1. The Garcia Avello Case 21
2. The Pla and Puncernau Case 24
II. The Increasing Influence of European Law on Family Law 27
1. Case Law 27
2. Legislation 31
III. Harmonisation: A Challenge for Europe ! 36

La Comisión de Derecho de Familia Europeo: La redacción de los Principios en el ámbito del divorcio y los alimentos entre cónyuges *39*
Katharina Boele-Woelki
I. El reto actual para el derecho privado 39
II. La dimensión europea del derecho de familia 40
III. Unificación del Dipr sobre las relaciones de familia 41
IV. Divorcio entre nacionales (súbditos) suecos con residencia habitual en Irlanda 42
V. A vista de pájaro: el derecho de divorcio en Europa 43
VI. La armonización del Derecho de Familia en Europa en perspectiva histórica y cultural 45
VII. La Comisión de Derecho de Familia Europeo 46
VIII. Objetivos de la CEFL 46
IX. Metodología 47
X. Resultados obtenidos 49
XI. Campos de acción e idioma 50
XII. El primer juego de Principios: el divorcio y los alimentos entre esposos divorciados 50
XIII. La interrelación entre los Principios, los informes comparados y los comentarios 51
XIV. ¿"Núcleo común" y/o "mejor derecho"? 52
XV. Mirada retrospectiva y mirada al futuro 55
Anexo. Principios de derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados 56

SEGONA PONÈNCIA
LES RELACIONS ECONÒMIQUES EN LA CRISI FAMILIAR

The American Law Institute Principles and the Economics of Family Dissolution *63*
Marygold S. Melli
I. Property Division 67

II. Compensatory Spousal Payments 70
1. Compensation for the loss of the marital standard of living 71
2. Compensation for residual loss in earning capacity 72
III. Child Support 73
IV. The Impact of the Principles of Family Dissolution on American Law 75
1. Property Division 75
2. Compensatory Payments 75
3. Child Support 76
4. Conclusion 76

Separació de béns i compensacions en la crisi familiar 77
Josep Ferrer i Riba
I. Introducció: les conseqüències patrimonials de la separació o el divorci 77
II. La compensació per raó de treball: retribució de tasques domèstiques, participació en guanys o compensació de perjudicis? 80
1. Els requisits de la compensació per raó de treball i la seva intel·ligència en la doctrina catalana 80
2. La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 83
III. Sistemes de compensació en els règims legals de separació de béns: les aportacions del dret comparat 86
1. *Financial relief* en el dret anglès: l'estàndard d'igualtat en el repartiment patrimonial 86
2. *Equitable distribution* en les jurisdiccions nord-americanes amb règim de separació de béns i la proposta de divisió patrimonial dels *ALI Principles* *88*
IV. Ensenyaments del dret comparat i opcions de regulació per al dret català 89
Bibliografia 93

Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de familia 95
María Paz García Rubio
I. Introducción al tema 95
II. Aspectos funcionales de los acuerdos prematrimoniales 100
III. Aspectos estructurales. El problema de su validez 101
IV. La fase de formación del acuerdo 102
V. El contenido de los acuerdos. Algunos ejemplos 105
1. Acuerdos para el caso de muerte de uno de los cónyuges 105
2. Acuerdos para el caso de separación o divorcio 106
3. Acuerdos en relación con los hijos 115
VI. Sanción en caso de violación de los límites a la autonomía de la voluntad 116
VII. La exigibilidad de los pactos 116
VIII. Reflexión final 120

Derecho y Empresa Familiar: el Protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo 123
Carlos Gortázar Lorente
I. La Empresa Familiar y su problemática 123
II. Aproximación del Derecho a la Empresa Familiar: dificultad de definición jurídica 126
1. Inexistencia de un concepto jurídico de Empresa Familiar 126
2. La Empresa Familiar en el ordenamiento jurídico 129

III. El Protocolo Familiar y sus instrumentos jurídicos de desarrollo 132
1. El Protocolo Familiar 132
2. Instrumentos jurídicos de desarrollo 136
IV. Conclusión 146

Pensió compensatòria i aliments entre cònjuges: propostes i criteris d'estandardització 149
Avel·lina Rucosa Escudé
I. Introducció. Problemàtica que planteja avui la pensió compensatòria 149
II. Catalunya i Espanya 151
1. La pensió compensatòria 151
2. Aliments entre cònjuges 159
3. La compensació patrimonial de l'article 41 del Codi de família 161
4. Anàlisi de jurisprudència recent 164
5. Experiència personal (com a advocada que exerceix en família) 170
III. Fora d'Espanya 172
1. Dret comparat entre les diferents legislacions europees en matèria de pensió compensatòria 172
2. Estudi del dret alemany i la seva *Düsseldorfer Tabelle*, *Berliner Tabelle*, *i les Richtlinien o Leitlinien* *176*
IV. Situació social i actual en el nostre país. Propostes respecte a la legislació catalana i espanyola 182
V. Resum 183
VI. Epíleg 186
VII. Bibliografia i legislació 187
VIII. Annex. Estadístiques 189
1. Pensió compensatòria 189
2. Compensació econòmica 207

TERCERA PONÈNCIA
RELACIONS PERSONALS I PATRIMONIALS EN LA RECOMPOSICIÓ FAMILIAR

La regulació de les famílies recompostes o reconstituïdes 213
Encarna Roca
I. Introducció. Plantejament i antecedents 213
II. Què és una família recomposta? 218
III. Situacions que donen lloc més freqüentment a les famílies recompostes 222
IV. S'ocupa el dret d'aquestes famílies? 224
V. Propostes per a una solució dels problemes 232
VI. A manera de conclusions 236
VII. Bibliografia 238

Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial 241
Antoni Bosch i Carrera
I. Las familias reconstituidas 241
1. Las reformas en el Derecho de familia 241
2. Efectos sociales de las reformas en el Derecho de Familia 243
3. Constitucionalidad y algunos problemas que plantea la existencia de segundas familias 244

II. Aplicación de los principios generales del derecho de familia a las familias reconstituidas 248
1. El principio de actuación en interés de la familia 248
2. El principio rector del Derecho de Familia de protección del interés del hijo menor o incapaz 250
III. Los gastos familiares y su contribución 251
1. Los obligados a la contribución de los gastos familiares 251
2. Los convivientes y su contribución de los gastos familiares 252
IV. El patrimonio del hijo en las familias reconstituidas 260
1. Composición del patrimonio 261
2. Clases de administración del patrimonio 262
3. Naturaleza del patrimonio del menor o incapaz sujeto a potestad 263
4. Constitución de un patrimonio autónomo en beneficio de personas sujetas a potestad 264
V. La administración del patrimonio de los hijos sometidos a potestad 265
1. La administración ordinaria de los progenitores en caso de separación 265
2. La administración judicial del patrimonio de hijos sujetos a potestad. El administrador especial 268
3. La administración especial del patrimonio de los menores y los incapaces: los bienes adquiridos a titulo gratuito cuando el disponente así lo ha dispuesto (art. 149, a), 169, 209, 2 CF y 65, 66 CS) 269

Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas 275
Francisco Rivero Hernández
I. Introducción 275
1. Actualidad social y jurídica de las relaciones personales de los abuelos con sus nietos 275
2. De institución pretoriana a una amplia atención legislativa 276
3. Derecho español: de un modesto origen jurisprudencial a la Ley 42/2003 280
4. Derecho catalán. Régimen legal propio. No aplicación de la Ley 42/2003 en el orden sustantivo 282
II. *Fattispecie.* Datos prejurídicos 283
1. Las relaciones de los abuelos con sus nietos en las familias reconstituidas 283
2. Papel de los abuelos en la familia y en relación con sus nietos 284
3. Formas de presentación jurídica y procesal de las relaciones abuelos-nietos 285
III. Diferencia del derecho de visita de los abuelos respecto del de los padres. Fundamento y finalidad de aquél 286
1. Visión del problema por los tribunales y la doctrina 286
2. (Diferente) fundamento del derecho de visita de los abuelos con sus nietos 288
3. Finalidad de esas relaciones 289
IV. Naturaleza del derecho de visita de los abuelos 290
1. El derecho de visita, verdadero derecho subjetivo 290
2. Si derecho, ¿de qué clase? 292
3. ¿Basta la calificación de derecho subjetivo, aun específico, para explicar los problemas del derecho de visita y justificar su régimen jurídico? 294
V. Sujetos de la relación jurídica de visita 296
1. Los abuelos 296
2. Nietos 296
4. Personas gravadas. Su posición jurídica 305
5. Legitimación para el ejercicio del derecho de visita abuelos-nietos 307
VI. Contenido del derecho de visita abuelos-nietos 310

1. En general, y especificidad en este caso y derecho 310
2. Responsabilidad civil por hecho ilícito del nieto en régimen de visita 312
3. Ejercicio y cumplimiento del régimen de relaciones personales 314
4. Duración institucional de estas relaciones 314
VII. Determinación del regimen de relaciones personales abuelos-nietos 315
1. Determinación convencional, o por pacto 315
2. Determinación judicial 318
3. Modificación y extinción de las relaciones personales abuelos/nietos 322
VIII. Protección del derecho de visita de los abuelos 325
1. Necesidad de una protección eficaz 325
2. Mecanismos y medios de protección 327
IX. Aspectos procesales 329
1. Reclamación de las relaciones personales en procedimiento ordinario 329
2. Determinación de las relaciones personales abuelos/nietos en proceso matrimonial 330
3. Medidas cautelares 331
4. Determinación de oficio de las relaciones personales 331
5. Otras cuestiones procesales de interés 331

QUARTA PONÈNCIA
PARELLES DE FET: BALANÇ I PERSPECTIVES

La regulació de la parella de fet: lleis i models *335*
Miquel Martín Casals
I. Introducció 335
II. la regulació catalana actual i els possibles models 340
1. El problema de les parelles heterosexuals excloses 342
2. Les dues modalitats de constitució: constitució formal i constitució factual 348
3. L'abast i els límits d'una regulació factual de la parella de fet 351
Bibliografia citada 357

La Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella: balanç de la seva aplicació judicial *359*
Joan Egea Fernàndez
I. Introducció 359
II. Una qüestió prèvia: l'absència d'una regulació processal homogènia i coherent 367
III. Requisits constitutius (arts. 1, 19 i 20 LUEP) 371
IV. Acreditació (arts. 2 i 21 LUEP) 376
V. Autonomia de la voluntat. Límits (arts. 3, 15 i 22 LUEP) 377
VI. Despeses comunes (art. 4 i 23 LUEP) 380
VII. Adopció i tutela (art. 6, 7 i 25 LUEP) 382
VIII. Aliments (arts. 8 i 26 LUEP) 383
IX. Extinció de la unió. Revocació de poders (arts. 12 i 30) 384
X. Compensació econòmica per raó del treball per a la llar o per a l'altre convivent (art. 13 i 31.1) 389
XI. Pensió alimentària periòdica (art. 14 i art. 31.2) 391
XII. Habitatge familiar (arts. 11 i 28) 394
XIII. Efectes de l'extinció per mort 396

1. Drets de predetracció i dret a ocupar l'habitatge familiar durant l'any següent a la mort del company convivent (art. 18 i 33) ... 396
2. Els drets de naturalesa successòria (art. 34 i 35) ... 397
3. El pacte de supervivència (arts. 44 a 47 CF) ... 399
XIV. Bibliografia ... 402

Aspectos laborales y de Seguridad Social de la regulación jurídica de las parejas de hecho ... 405
Eduardo Rojo Torrecilla
I. Introducción ... 405
II. Textos y normativa internacional y comunitaria ... 409
III. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las parejas de hecho y su impacto sobre la regulación jurídica laboral y de Seguridad Social ... 416
IV. Marco legal estatal. El cumplimiento de la transposición de las Directivas comunitarias ... 418
V. Normativa autonómica de parejas de hecho. Su impacto e incidencia sobre los derechos laborales y de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena y de los funcionarios ... 420
VI. Modificaciones legislativas y propuestas de modificación con impacto en la regulación de los derechos laborales y de la Seguridad Social en las parejas de hecho ... 422
VII. Negociación colectiva y diálogo social ... 427
VIII. Doctrina judicial. Interpretación de los preceptos legales y convencionales por los jueces y tribunales laborales ... 432
IX. Recapitulación final ... 434

Las uniones de hecho ante el Derecho Tributario ... 437
Luisa Esteve Pardo
I. Introducción ... 437
III. Tratamiento del matrimonio y de la familia en Derecho Tributario ... 439
1. El tradicional planteamiento antielusivo de las normas tributarias ... 439
2. Normas tributarias protectoras de la familia ... 442
3. Características de los impuestos relevantes en la tributación del matrimonio y de la pareja de hecho: impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas ... 449
IV. Especificidades del Derecho Tributario respecto del tratamiento de las parejas de hecho ... 449
1. Los principios rectores en materia tributaria ... 449
2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tributación conjunta de la unidad familiar ... 452
V. La legislación tributaria estatal ... 457
VI. La equiparación de las parejas de hecho al matrimonio a efectos tributarios por algunas Comunidades Autónomas ... 457
1. Los diferentes sistemas de financiación autonómica: el sistema general y los sistemas forales ... 459
2. La equiparación realizada por las Comunidades Autónomas de régimen general ... 464
3. La equiparación realizada en las Haciendas Forales ... 466
VII. Conclusiones ... 466

COMUNICACIONS

COMUNICACIONS A LA PRIMERA PONÈNCIA

La armonización del Derecho de familia en Europa. En especial, la armonización de los regímenes económicos matrimoniales *473*
Francisca Llodrà Grimalt
I. Preliminar 473
II. Actual marco del proceso de europeización del Derecho de familia 474
1. La proyección del Derecho comunitario en el Derecho de familia 474
2. La llamada "armonización espontánea" del Derecho de familia 479
III. La armonización y unificación del Derecho de familia en Europa como pretensión doctrinal 486
1. Propuestas de armonización en general. Técnicas o métodos 487
2. Obstáculos 491
3. La Comisión de Derecho de Familia Europeo 494
IV. Hacia la armonización de los regímenes económicos matrimoniales en Europa 497
1. Punto de partida "normativo" 497
2. Necesidad de armonización, métodos y obstáculos 498
3. Notas sobre algunos regímenes económicos matrimoniales en Europa. Los dos grandes bloques 500

La protecció de la vida familiar i la protecció jurídica de l'infant en l'àmbit del Consell d'Europa *511*
Isaac Ravetllat Ballesté
I. El Consell d'Europa. Introducció 511
II. La protecció de la vida familiar en el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals, de 4 de novembre de 1950 513
III. La protecció de la vida familiar en la jurisprudència emanada del Tribunal Europeu de Drets Humans 515
IV. La protecció de la vida familiar en el cas dels estrangers 517

COMUNICACIONS A LA SEGONA PONÈNCIA

Estructura tradicional per a continguts moderns: els capítols avui *523*
Immaculada Barral Viñals
I. Les capitulacions: de "règim" a contracte 523
II. Les noves famílies i l'organització autònoma de la convivència 525
1. El contingut necessàriament capitular: els capítols tradicionals 526
2. El contingut possible: la llibertat dels contraents en l'organització familiar 527
III. L'organització autònoma de la ruptura de la convivència 528
1. La "contemplació de la ruptura del matrimoni" 529
2. Capítols, autonomia de la voluntat i final de la convivència afectiva 530
3. Els pactes en previsió de la ruptura: límits a l'autonomia de la voluntat 532
IV. Els capítols com a negoci: la llibertat contractual 533
V. Conclusió 536

La mediació en l'empresa familiar, una eina per a la seva pervivència *537*
Isabel Viola Demestre
I. Introducció 537

II. Els conflictes a l'empresa familiar 538
III. Instruments i òrgans reglamentadors dels conflictes a l'empresa familiar 541
1. El protocol familiar 541
2. L'assemblea familiar i el consell de família 542
IV. La mediació com a eina idònia per a l'obtenció del protocol familiar i en l'assemblea i el consell de família 543
3. Avantatges en l'empresa familiar dels principis de la mediació 544
4. Els caràcters de la mediació en l'empresa familiar 545
5. La mediació en l'elaboració del protocol familiar i en les reunions de l'assemblea familiar i el consell de família 546
6. El mediador, membre d'un equip multidisciplinari 551
V. Conclusió 552

COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

Parelles de fet i designació tutelar *555*
Miriam Anderson
I. Introducció 555
II. Les classes de tutela en funció de l'origen de la designació 557
1. Al Codi de família de Catalunya 558
2. Al Codi civil espanyol 560
III. Les relacions entre els diferents tipus de designació: autonomia privada i criteri judicial 562
IV. Les parelles de fet en la designació de tutor 565
V. Parelles de fet, designació tutelar i reforma del Codi civil espanyol en matèria de dret a contraure matrimoni 568

Parelles de fet i declaració d'insolvència *571*
Lídia Arnau i Raventós
I. Les parelles de fet a la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal. Delimitació de qüestions 571
II. La parella com a "persona especialment relacionada amb el concursat" 572
1. El crèdit de la parella com a "crèdit subordinat" 578
2. El caràcter presumptament perjudicial dels actes dispositius onerosos: la seva rescindibilitat 586
III. Referència a les adquisicions amb pacte de supervivència: el seu règim concursal i les parelles de fet 590

La cuestión de la constitución de la unión estable de pareja: Reflexiones sobre la reforma de la Ley 10/1998, de 15 de julio *595*
Pascual Ortuño Muñoz
I. Las nuevas perspectivas legislativas en la actual legislatura 595
II. Reflexiones sobre el problema de la constitución de la pareja estable: dificultades que presenta la regulación de la materia 596
1. Debate ideológico subyacente 596
2. Matrimonio como sinónimo de familia 597
3. Prejuicios que distorsionan el análisis netamente jurídico 597
4. Test de matrimonialidad de las relaciones de pareja objeto de regulación 598
5. Definición y heterogeneidad de supuestos de facto 599
6. Conclusión 600

ASPECTOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS PAREJAS DE HECHO[1]

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Girona

Sumario

I. Introducción 405
II. Textos y normativa internacional y comunitaria 409
III. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las parejas de hecho y su impacto sobre la regulación jurídica laboral y de Seguridad Social 416
IV. Marco legal estatal. El cumplimiento de la transposición de las Directivas comunitarias 418
V. Normativa autonómica de parejas de hecho. Su impacto e incidencia sobre los derechos laborales y de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena y de los funcionarios 420
VI. Modificaciones legislativas y propuestas de modificación con impacto en la regulación de los derechos laborales y de la Seguridad Social en las parejas de hecho 422
VII. Negociación colectiva y diálogo social 427
VIII. Doctrina judicial. Interpretación de los preceptos legales y convencionales por los jueces y tribunales laborales 432
IX. Recapitulación final 434

I. Introducción

Quiero iniciar este trabajo recordando que no existe un concepto de familia en el Derecho comunitario, y que la regulación del Derecho de familia es competencia de los Estados miembros, pero que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y el reconocimiento en sede legal del derecho a la no discriminación por razón de la orientación sexual están llevando, además de las nuevas realidades sociales, a los Estado de la Unión Europea (UE) a ampliar el concepto clásico de familia, vinculado al matrimonio, para extenderlo a otros diversos tipos de unidades convivenciales, entre las que se encuentran las parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, a las que cada ordenamiento jurídico es libre de decidir si le reconoce los mismos derechos y obligaciones a sus miembros que a los de las parejas vinculadas por matrimonio.

---

[1] Versión revisada de la ponencia presentada en las "*Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa. Nous reptes del Dret de Familia*", celebradas los días 23 y 24 de septiembre de 2004.

La estructura territorial de cada Estado, y la pertinente distribución competencial entre el gobierno estatal y los gobiernos regionales (y locales) también influirá sobre la regulación de los derechos y deberes de los miembros de las parejas de hecho, y el caso de España es paradigmático al respecto, dado que ante la inexistencia de una regulación estatal de las parejas de hecho en el ámbito civil, al menos hasta el presente, han sido ya 11 Comunidades Autónomas las que las han regulado, con reconocimiento de derechos en el ámbito laboral al personal funcionario y laboral (este último sólo en algunos casos) dependientes de la Administración autonómica, pero no han podido regular los derechos y deberes de las parejas de hecho en el ámbito laboral *stricto senso*, ya que ello es competencia, de acuerdo con el artículo 149.1.7 de la Constitución Española (CE), del Estado. Sobre la hipotética regulación del marco jurídico de las parejas de hecho en el ámbito estatal incidirá sin duda el anunciado propósito del gobierno español de regular jurídicamente la unión matrimonial entre personas del mismo sexo, regulación a la que me referiré más adelante en mi exposición por el impacto que puede tener sobre la materia laboral y de Seguridad Social.

Avancemos ya aquí que la regulación laboral española no contiene referencia alguna a las parejas de hecho, y que cuando se efectúa alguna referencia a la compañera o compañero afectivo del trabajador o trabajadora se utiliza el término "cónyuge", es decir el unido por vínculo matrimonial, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en los que la regulación se extiende, además del cónyuge, a las personas que mantienen una relación de convivencia estable y con análoga afectividad a la conyugal. Véanse, sólo a titulo de ejemplo, los artículos 23, 153, 424, 443, 444, 454 y 617 del Código Penal; el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; el artículo 2 de la Ley 35/1955, de 11 de diciembre, sobre ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Y más recientemente, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE núm. 313, de 29-12-2004), cuyo artículo 1º dispone que la norma tiene por objeto actuar contra la violencia que,

> *"como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia".*

De ahí que todo estudio de la regulación laboral de las parejas de hecho deba partir del concepto de familia[2] definido a partir del marco constitucional

[2] Desde la doctrina civilista se ha destacado que más que hablar de familia, en singular, hay que hablar de familias, en plural, "en el sentido de que lo legal y socialmente pueda estimarse

(artículo 39.1) y de la interpretación que del mismo ha efectuado el Tribunal Constitucional (TC), así como de la regulación civil. En el bien entendido que el Derecho del Trabajo no protege tanto la familia en cuanto tal sino en razón del trabajo de alguno de sus miembros,[3] por lo que debe plantearse, a los efectos de lograr la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la equiparación de la protección del matrimonio y de las uniones de hecho a efectos laborales, tal como se apuntó ya en algún interesante estudio doctrinal al respecto,[4] y que pueda verse, en su momento, reflejado en el plano normativo con la regulación estatal de las parejas de hecho.

En el ámbito de la protección social, y tal como ha subrayado la doctrina laboralista,[5] si bien se han abierto cauces para el reconocimiento de prestaciones a las parejas de hecho en materia de asistencia sanitaria (mediante una Resolución de 1984 de la Dirección general de la Seguridad Social), siguen teniendo prohibido el acceso al resto de prestaciones sociales. Es importante destacar que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ha equiparado los derechos de las parejas homosexuales con los de las heterosexuales desde el 3 de julio de 2005, fecha de entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Por fin, no olvidemos algunos datos sociológicos que deben acompañar obligatoriamente nuestra reflexión jurídica. El primero, es el del número de parejas de hecho que pueden verse afectadas por la falta de regulación legal, que no convencional, de sus derechos y deberes. Según el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2001 (y es de prever que la cifra, al calor de las nuevas realidades sociales, se haya incrementado en los años posteriores) había 563.785 parejas de hecho en España, sobre un total de 9.510.817 parejas censada en

---

como tal, no responde a un patrón único: la familia sigue siendo hoy una sociedad primaria exigida por la propia naturaleza humana. Sin embargo, esta familia no siempre está compuesta por una pareja heterosexual unida por vínculos matrimoniales". Sánchez González, Mª Paz, "Las fronteras del concepto jurídico de familia". *La Ley*, núm. 6127, 15 de noviembre de 2004.

[3] La doctrina laboralista ha destacado que, ante cualquier iniciativa de unificar criterios para la concesión de derechos derivados en materia de Seguridad Social que tengan su origen en la familia, "deberá tenerse en cuenta la prohibición de discriminación que contiene el artículo 14 de la Constitución (condición personal o social)". Pardell Veà, Agnès. "Familia y Seguridad Social: los últimos retoques legales". Ponencia (inédita) presentada en las XV Jornadas catalanas de Derecho Social, 11 y 12 de marzo de 2004, pág. 4.

[4] Argüelles, Ana Rosa. *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

[5] Camas Roda, F., "Las parejas de hecho en el marco de la función pública, la legislación social y la de inmigración", en Roca Trias, E. (directora), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Madrid, CGPJ, 2004, pp. 293-367.

España. Se reconoce oficialmente la existencia de 10.474 parejas del mismo sexo, 6.996 formadas por hombres y 3.478 por mujeres.[6]

El segundo dato sociológico es la valoración que la ciudadanía española tiene de las nuevas formas de familia y de su opinión sobre el reconocimiento de los mismos derechos y deberes que las parejas vinculadas por matrimonio. Al respecto, el Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas de junio de 2004 (número 2568) dedica una batería específica de preguntas a esta cuestión, y destaco las respuestas que me han parecido más significativas y que creo que tienen interés para el estudio que presento: más de un 80 % de los encuestados creen que la sociedad española es muy tolerante o tolerante con el hecho de que las parejas convivan sin casarse, y cerca de un 50 % se manifiesta en los mismos términos sobre la homosexualidad; un 47 % considera positivo o muy positivo que se haya producido un aumento del número de parejas que viven juntas sin estar casadas; cerca de un 70 % se manifiestan a favor, o muy a favor, de la regulación de una Ley de parejas de hecho, y un porcentaje aún superior, un 74'8 %, considera que dicha ley debe de reconocer los mismos derechos y obligaciones que tienen los matrimonios; ahora bien, no obstante esa manifestación general de igualdad, cuando se desciende al examen de las respuestas a preguntas más concretas los resultados guardan bastante diferencia, y son mucho menos favorables para las parejas de hecho, dato que demuestra a mi parecer una concepción tradicional de la pareja que todavía está fuertemente arraigada en la sociedad española: en efecto, cuando se pregunta en concreto sobre el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad, la opinión mayoritaria (50'3 %) es que no se debe reconocer, mientras que sólo un 37'8 % responden de forma positiva. Por último, y en esta contradicción permanente entre respuestas generales y respuestas concretas, volvemos nuevamente al lado positivo para las parejas de hecho, y en concreto ahora para las homosexuales: un 67'7 % de los ciudadanos encuestados cree que a las parejas del mismo sexo se les deben reconocer los mismos derechos y obligaciones que a las parejas heterosexuales, y un 66'2 % está de acuerdo con que las parejas homosexuales tengan derecho a contraer matrimonio.

Para acabar esta introducción general quiero dejar constancia de la manifestación efectuada por el colectivo notarial sobre la necesidad de regular las parejas de hecho. La regulación jurídica de las nuevas formas de convivencia social es solicitada en su *Revista Escritura Pública* de octubre 2003. Su editorial afirma que sería conveniente regular un contrato de convivencia o unión afectiva para encauzar estos nuevos modelos de relación familiar, "que debería generar una situación jurídica en la que se desarrollasen y respetasen los derechos a la dignidad y la igualdad de sus actores". De prosperar esta petición, la

---

[6] *Vid*. "¿Cuántos somos en casa? Cifras INE, *Boletín informativo del Instituto Nacional de Estadística*, número 6/2004.

incidencia sobre el Derecho Laboral y de Seguridad Social sería relevante, ya que probablemente ampliaría todos los derechos de las parejas casadas a las parejas de hecho homosexuales o heterosexuales, ya que la normativa comunitaria prohíbe todo tipo de discriminación por razón de orientación sexual.

II. Textos y normativa internacional y comunitaria

1. El inicio del debate sobre la posible regulación de las parejas de hecho en el seno de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados, entre ellos la OIT, refiriéndose al personal que presta sus servicios, data de 1991 y con un acuerdo genérico alcanzado en 1998 respecto a los criterios propuestos que deben cumplir los miembros de dichas parejas para que se les reconozcan los mismos derechos que los reconocidos a las parejas de derecho. Las partes no deberán tener vínculos de sangre que prohíban el matrimonio en el país de residencia; no deben estar casadas en ese momento; deben ser la única pareja de la otra parte, con la intención de seguir siéndolo indefinidamente; deben tener capacidad jurídica y de obrar, y edad legal para contraer matrimonio; haber convivido como mínimo 12 meses y tener la intención de hacerlo indefinidamente; tener la responsabilidad conjunta por los gastos de subsistencia básicos y de asistencia social como mínimo durante 12 meses; dar fe de todo lo anterior mediante una declaración firmada ante notario. Además, no podrán volver a formalizar una nueva pareja de hecho hasta que hayan transcurrido como mínimo 12 meses de la terminación de la vida en común anterior.

En el ámbito de la protección social para parejas de hecho, sean del mismo o de distinto sexo, los documentos presentados en las reuniones del Consejo de Administración de la OIT constatan la carencia de regulación en los organismos especializados de la ONU, si bien está siendo objeto de estudio en la actualidad. Por su parte, otras organizaciones internacionales ya han dado tímidos pasos en este campo, y sirva como ejemplo el Banco Mundial, que reconoce desde 1998 a todas las parejas de hecho el derecho a las prestaciones del plan de seguro médico, y que reconoce también la licencia por motivos familiares para el cuidado de la pareja, estando en la actualidad siendo objeto de estudio la extensión de todas las prestaciones. Como otro ejemplo significativo destaco que el Fondo Monetario Internacional reconoce determinados derechos a las parejas de hecho, llamadas uniones consensuales, siempre y cuando estas constituyan una forma de matrimonio válido y legal en la jurisdicción donde se hayan concretado. Por fin, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) reconoce a las parejas de hecho el beneficio de las prestaciones del régimen de seguro médico.

En definitiva, nos encontramos en la actualidad en la fase de debate sobre la conveniencia de los que los órganos rectores de los distintos organismos especializados de la ONU, así como de otras instancias internacionales, aborden

el reconocimiento de las parejas de hecho, con su correlativo reconocimiento de derechos y obligaciones en el ámbito laboral, en el contexto de sus propios reglamentos o reglas de personal.[7]

2. En el ámbito comunitario, en primer lugar nos referimos al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, texto consolidado (TCE). El artículo 13 permite al Consejo, por unanimidad, adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de orientación sexual. Dicho precepto supuso, en el momento de su incorporación al Tratado de Ámsterdam, un avance significativo con respecto a la regulación precedente, un punto de inflexión en la política comunitaria, y tal como ha subrayado la doctrina "ha obligado a los Estados miembros a tomar en consideración la prohibición de este motivo de discriminación en el ámbito de sus ordenamientos jurídicos en general y de las relaciones laborales en particular".[8]

3. A continuación, es importante mencionar la Directiva Comunitaria 2000/78 de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato y la ocupación (DOCE L303, 2 de diciembre). La norma amplía otras medidas comunitarias ya existentes y extiende la prohibición de discriminación a los motivos de "*religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*" en el ámbito del empleo y la ocupación. La norma ya ha sido transpuesta al ordenamiento nacional, como explicaré más adelante.

4. Por su parte, la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 (DOCE L269,5 de octubre), modifica la Directiva 76/207/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, incorporando buena parte de la jurisprudencia del TJCE sobre la aplicación efectiva del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, entendiendo por tal "*la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien directa o indirectamente, en lo que se refiere en particular al estado matrimonial o familiar*". Esta última norma había de ser transpuesta al ordenamiento nacional como máximo el 5 de octubre de 2005, sin que hasta el momento de haber cerrado este trabajo se haya producido dicha transposición formal.

5. Me refiero a continuación al impacto de la inmigración sobre las parejas de hecho y el derecho al trabajo de la pareja reagrupada.

---

[7] Puede examinarse más detalladamente esta cuestión en el documento de la OIT "Parejas de hecho", presentado por el Consejo de Administración en su 282ª reunión, de noviembre de 2001.

[8] Chacartegui Jávega, Consuelo. *Discriminación y orientación sexual del trabajador*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001.

Es objeto de atención, en concreto, la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a reagrupación familiar (DOCE L251, 3 de octubre). La norma entró en vigor el día de su publicación y fija un plazo de dos años para que los Estados miembros la transpongan a sus ordenamientos jurídicos, así como otro de cuatro para que la Comisión informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre su aplicación y proponga, en su caso, las modificaciones que estime oportunas. El texto comunitario es una norma de mínimos, en cuanto que no impide el mantenimiento o la adopción de disposiciones más favorables al reagrupamiento familiar por parte de los Estados miembros y de otras normas internacionales. La norma tiene por finalidad regular las condiciones en que puede ejercerse el derecho a la reagrupación familiar por parte de nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros, solicitada por ellos o por los familiares nacionales de terceros países, afirmándose en el preámbulo de la misma que las medidas dirigidas al efecto deben adoptarse "*de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional*", si bien el contenido del texto establece a mi parecer unos requisitos bastantes restrictivos para poder ejercer plenamente ese derecho. La reagrupación sólo podrá ejercerse cuando quien reagrupe sea titular de un permiso de residencia con validez igual o superior a un año y tenga "una perspectiva fundada" de obtener su derecho a la residencia permanente.

Como regla general, el reagrupamiento podrá efectuarse con el cónyuge, los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, siempre y cuando tengan una edad inferior a la de la adquisición de la mayoría legal del Estado de acogida y no estén casados. Ahora bien, las restricciones a las que me refería anteriormente se manifiestan aquí en la posibilidad que se da a los Estados miembros de verificar, cuando se trate de la reagrupación de un hijo mayor de 12 años, y a efectos de la autorización de reagrupamiento, si cumple "*algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de aplicación de la presente Directiva*". También se manifiestan en el hecho de que los Estados, "excepcionalmente", puedan exigir que las solicitudes de reagrupación de los hijos menores se hagan antes de que estos cumplan los 15 años de edad.

Por lo que respecta a otros posibles supuestos de reagrupamiento familiar, la Directiva deja a cada Estado la facultad de decidir si autoriza la entrada de las pareja no casada del reagrupante que mantenga con este una relación estable debidamente probada, la de los ascendientes en primer grado del reagrupante o de su cónyuge "*cuando estén a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen*", y de los hijos mayores solteros de ambos "*cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud*". Con el intento de evitar matrimonios forzados, se permitirá a los Estados que exijan que ambos cónyuges hayan cumplido la edad de 21 años, como

máximo, antes de que pueda producirse la reagrupación, previéndose igualmente la denegación de la solicitud de reagrupamiento cuando dicho matrimonio, o la relación de pareja, se haya formalizado, y quede debidamente probado, "*únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro*".

El texto justifica el establecimiento de medidas restrictivas para las solicitudes de reagrupación familiar de familias poligámicas por el respeto de los valores y principios de los Estados miembros, y de ahí que no se autorice la reagrupación familiar de un nuevo cónyuge cuando el solicitante ya viviera con un cónyuge en el territorio del Estado de acogida, así como también que se autorice a los Estados a que limiten la reagrupación familiar de los hijos menores del nuevo cónyuge y del reagrupante.

Una vez obtenido el permiso de residencia por parte de la familia del reagrupante, de duración mínima de un año y renovable, sus miembros tendrán derechos educativos, formativos y laborales en los términos establecidos en el artículo 13, pudiendo nuevamente establecerse restricciones al acceso al trabajo por cuenta ajena o propia durante un período máximo de doce meses desde la concesión del permiso de residencia, período durante el cual "*los Estados miembros podrán estudiar la situación de sus mercados laborales*". Las restricciones son aún más claras y evidentes cuando se trate de los reagrupados ascendientes e hijos solteros mayores de edad, ya que la norma dispone de forma clara y manifiesta que los Estados miembros, sin límite temporal, podrán limitar su acceso a una actividad por cuenta propia o ajena. Como regla general, la concesión del permiso de residencia autónomo del cónyuge se concederá a los cinco años de residencia, estableciendo reglas específicas en caso de viudedad, divorcio, separación o muerte.

Por último, es importante destacar que el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar de la pareja de hecho del reagrupante no le confiere automáticamente derecho de libre circulación, residencia y acceso al trabajo en otros Estados miembros, ya que como recuerda el apartado 10 de la Introducción, plasmado después en el texto normativo,

> "*los Estados miembros deben decidir si ellos desean autorizar la reagrupación familiar de los ascendientes en línea directa, los hijos mayores solteros, del miembro de la pareja no casada o registrada, así como en el caso de matrimonio poligámico, los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante. Cuando un Estado miembro autorice la reagrupación familiar de dichas personas, tal autorización se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros que no reconozcan la existencia de vínculos familiares en los casos cubiertos por esta disposición no concedan a dichas personas la consideración de miembros de familia por lo que respecta*

al derecho a residir en otro Estado miembro, con arreglo a la legislación comunitaria pertinente".

6. Es obligado referirse en este apartado a la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de octubre de 1994 sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea.

El Parlamento europeo pide a los Estados miembros que se ponga fin "*al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones jurídicas y administrativas*", y a la Comisión que presente una propuesta de Recomendación que trate de poner fin, como mínimo, a "*toda forma de discriminación en el derecho laboral*".

7. Examinaremos ahora la incidencia de la doctrina del TJCE sobre la regulación de las parejas de hecho, y lo haremos a partir de la importante sentencia de 7 de enero de 2004, dictada en el asunto C-117/01.

El litigio se suscitó en Inglaterra, por la negativa del Servicio Nacional de Salud a conceder una pensión de viudedad a la mujer compañera de un transexual. Se trata de una relación entre una mujer que trabajó como enfermera para dicho Servicio y otra mujer (así consta en el registro civil) pero que pasó a ser hombre tras una operación de cambio de sexo, si bien no pudo modificar su partida de nacimiento para inscribir el cambio de sexo, ya que la normativa británica al respecto (en dicho momento) prohibía toda modificación registral de la partida, salvo errores de transcripción o materiales. Por consiguiente, la pareja de hecho no pudo contraer matrimonio. Dado que según la normativa de aplicación la pensión de viudedad sólo puede percibirla el cónyuge supérstite, y en dicha pareja no había cónyuges porque no había matrimonio, no tendría derecho a la pensión. La demanda, que finalmente llegó al TJCE, se interpuso por entender que la normativa de aplicación discriminaba por razón de sexo (prohibido por el artículo 141 TCE y la Directiva 75/117), pidiendo que se reconociera que el término "viudo" debe interpretarse en el sentido de que "*también comprende al miembro supérstite de una pareja que habría alcanzado esa condición si su adscripción sexual no hubiese sido el resultado de una operación de cambio de sexo*".

El TJCE plantea que la cuestión de fondo es, de acuerdo con la normativa británica, la imposibilidad de contraer matrimonio las personas del mismo sexo, y que la negativa a poder modificar el sexo que figura en la partida de nacimiento impide a un transexual cambiar jurídicamente de sexo y poder contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto. Para el TJCE, que se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en sentencias de 11 de julio de 2002, se vulnera el derecho a contraer matrimonio cuando se impida a un transexual contraerlo porque la normativa no permite el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual, y de ahí que ello vulnere el artículo 141 TCE. La sentencia remite al juez nacional para

que compruebe, a partir del razonamiento jurídico anterior, si se vulnera el artículo 141 TCE en un caso como el del litigio planteado y se pueda alegar este para que se reconozca el derecho del compañero del transexual a disfrutar de la pensión de supervivencia.

Para dar debida respuesta a esta sentencia, la normativa británica ha sido recientemente modificada para aceptar los efectos jurídicos del cambio de sexo por operación, aprobándose la *Gender Recognition Act* de 1 de julio de 2004.

En este punto, y refiriéndonos de forma incidental a la realidad española, es importante citar la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 7 de noviembre de 2003, que reconoce el derecho a percibir la pensión de viudedad al conviviente de hecho transexual, dado que este había procedido a su operación y posteriormente solicitado el reconocimiento judicial del cambio de sexo, entendiendo la Sala, con arreglo a lo dispuesto en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que "*desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos*". En el supuesto en cuestión, 18 días antes de obtener firmeza la sentencia falleció el compañero de la accionante y la Sala, con una interpretación amplia y flexible de la normativa vigente, le reconoce el derecho a la pensión, en atención a todas las circunstancias del supuesto de hecho, la convivencia de los afectados y la decidida voluntad de adoptar las medidas necesarias para poder llegar a contraer matrimonio, afirmando que la Sala no trata de suplir "*el incumplimiento objetivo del requisito del matrimonio, legalmente impuesto para acceder a la pensión de viudedad, sino de otorgar excepcionalmente a aquella exigencia la flexibilidad necesaria en atención a las circunstancias del caso, a fin de evitar la desprotección en la que la accionante se encuentra tras el óbito del que no pudo formalmente llegar a ser su cónyuge*".

8. Por último, hemos de referirnos al texto de la Constitución Europea, adoptada por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003, presentada al Presidente del Consejo Europeo el 18 de julio de 2003, y que, después de un proceso posterior de nuevas negociaciones entre la Comisión y algunos Estados miembros, ha sido solemnemente firmada por los 25 Estados miembros el 29 de octubre de 2004 en Roma, ciudad que, recuérdese, acogió la firma del Tratado de 25 de marzo de 1957 por el que se instituyó la Comunidad Económica Europea.

A mi parecer, la nueva Constitución europea no introduce modificaciones sobre la normativa comunitaria actualmente vigente, dado que de una parte reafirma la regulación del TCE, y de otra se remite a la legislación de cada Estado en el ámbito matrimonial. Como se ha subrayado por la doctrina iuslaboralista que ha estudiado ya esta cuestión, "la tutela que desde dicho texto constitucional

europeo se brinda a la familia no se vincula a un modelo concreto, por lo que la mayor o menor amplitud de dicha protección va a depender sin duda de cuál sea la respectiva opción del Derecho interno".[9]

Con todo, es importante reseñar que la UE reconoce, como derechos fundamentales, todos los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales suscrita en Niza el 7 de diciembre de 2000. Además, y esto es lo realmente importante, la incorporación de la Carta a la parte II de la Constitución le confiere pleno valor jurídico y fuerza de obligar, siendo remarcable que su preámbulo subraya que la Unión se funda sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Si vamos al apartado concreto que regula la cuestión objeto de nuestro estudio, no de forma específica referida a la política laboral sino con carácter general obviamente, nos encontramos con el reconocimiento en el artículo II-69, ubicado dentro del Título II regulador de las libertades, del derecho a contraer matrimonio y al de fundar una familia, con remisión expresa a "*las leyes nacionales que regulen su ejercicio*", que debemos relacionar con el artículo II-93, ubicado en el Título IV sobre la solidaridad, que lleva por título "vida familiar y vida profesional", y en el que se garantiza "*la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social*", y con el artículo II-112, apartado 6, que al referirse a la interpretación y aplicación de la Carta dispone que "*se tendrán en cuenta plenamente las legislaciones y prácticas nacionales, según lo especificado en la presente Carta*". En el Acta final que recoge las "Declaraciones de la Conferencia" sobre determinados artículos de la Constitución,[10] se dispone claramente que corresponderá a los Estados miembros decidir si amplían el concepto, y efectos jurídicos, del matrimonio a otras uniones de pareja, afirmándose que "*este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a las personas del mismo sexo. Este derecho es, por tanto, similar al previsto por el (artículo 12) de la Convención Europea de Derechos Humanos, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca*".

No obstante, y por la incidencia que el nuevo texto puede tener sobre la regulación de las parejas de hecho, no podemos olvidar que el artículo 13 del TCE es recogido en el artículo II-81, dentro del Título III sobre la igualdad, que lleva por título "no discriminación", y en el que se prohíbe de forma expresa toda discriminación, y en particular, entre otras, la ejercida por razón de orientación sexual.

---

[9] García Ninet, Ignacio y Rivas Vallejo, Pilar. "Vida familiar y vida profesional", en V. Álvarez Conde (director). *Comentarios a la Constitución Europea*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

[10] *Vid*. Diario Oficial de la Unión Europea, C310, 16.12.2004, páginas 420 y ss.

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS PAREJAS DE HECHO Y SU IMPACTO SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Es obligado referirse en primer lugar a la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 184/1990 de 15 de noviembre**.** Para el TC la Constitución no reconoce el derecho a formar una unión de hecho que reconozca a quienes la integran los mismos derechos que quienes contraen matrimonio, y de ahí que al poder establecer diferencias de trato entre las parejas de derecho y las de hecho afirme que "*la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio, no es arbitraria o carente de fundamento*". La misma doctrina es seguida en las sentencias dictadas con posterioridad, entre otras las números 29, 30, 31, 38 y 77 de 1991, y 66 de 1994. Por consiguiente, el TC entiende que el legislador dispone de una amplia libertad de decisión y que puede establecer razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida de ambos tipos de pareja.

2. En nuestro estudio es fundamental examinar con atención el Auto 222/1994 de 11 de julio, dictado por la Sala Primera (Sección primera).

El asunto versa sobre la solicitud de una pensión de viudedad derivada de accidente laboral, denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social por no existir vínculo conyugal del solicitante con el causante, tal como exigía el artículo 160 de la Ley General de Seguridad Social.

Se alega la vulneración del artículo 14 CE (principio de igualdad ante la ley), y también del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). Se aduce que los homosexuales tienen la imposibilidad legal de contraer matrimonio, y por consiguiente no se les puede aplicar la diferencia de trato que el TC acepta entre matrimonio y pareja de hecho heterosexual. Se argumenta, en fin, que la homosexualidad y el transexualismo "*son relaciones sociales aceptadas en el ámbito jurídico de la Constitución por apreciación del libre desarrollo de la personalidad*".

Para el TC (con cita de sus sentencias 184/1990 y 66/1994) la exigencia de vinculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión pública de viudedad, "*no pugna con el artículo 14 CE*", ni tampoco las medidas de los poderes públicos "*que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales*". Esta tesis se ha defendido al referirse a las polémicas jurídicas entre matrimonios y parejas de hecho heterosexuales a las que nada impide contraer matrimonio. Ahora bien, en este Auto el TC va más lejos y afirma que "*no debe haber impedimento alguno para hacerla también extensible al binomio unión matrimonial, unión de homosexuales que conviven maritalmente*". El TC afirma que la unión homosexual

"*no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento*", al contrario del matrimonio (art. 32.1 CE). Cita en su apoyo la doctrina del TEDH y su sentencias de 17.10.86 y 27.9.90, que declaran que no se vulnera el Convenio de Roma, artículo 12, cuando no se permite el matrimonio homosexual en un Estado, ya que dicho Convenio se refiere al concepto de matrimonio heterosexual, y que es competencia de cada Estado regular esta cuestión.

Desde la perspectiva laboral y de Seguridad Social, conviene retener que el TC se remite a su doctrina consolidada sobre "*el amplio margen del legislador para configurar el sistema de previsión social y regular los requisitos de concesión de determinadas prestaciones (ejemplo: la pensión de viudedad) en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales, y las necesidades de los diversos grupos sociales*". Es decir, si las diferencias de trato se amparan en "causas y fundamentos razonables", no serán contrarias al artículo 14 CE.

Me parece importante destacar que desde su primera sentencia sobre esta cuestión (año 1990), y ahora lo reitera el TC, el alto tribunal argumenta que no hay impedimento constitucional (y que enlazaría con las propuestas del Parlamento Europeo desde 1984) para que el legislador establezca "*un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio*". Y en el terreno más concreto de las prestaciones de Seguridad Social el TC afirma con claridad meridiana que "*en su mano tiene el legislador la posibilidad de extender los beneficios de las pensiones de viudedad a las uniones de hecho estables, sean o no heterosexuales, pero todavía no se ha considerado oportuno,*[11] *y ello, como se dice en la STC 66/1994, no puede considerarse inconstitucional*". Esta tesis se ha seguido manteniendo por el TC en sucesivos pronunciamientos, de tal forma que ello ha conllevado la inadmisión a trámite de diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por algunos Juzgados de lo Social de Barcelona.[12]

---

[11] *Vid*. Labaca Zabala, Mª Lourdes. "La desprotección de la familia no tradicional por muerte y supervivencia en el sistema español de Seguridad Social. La pensión de viudedad". *La Ley*, núm. 6103, 8 de octubre de 2004, en donde se argumenta que resulta coartado el derecho constitucional de todo ciudadano a elegir el tipo de unidad convivencial en el que quiere desarrollar su personalidad "si se continúa con la falta de desarrollo legislativo en el ámbito de las parejas de hecho cuando fallece uno de ellos".

[12] *Vid*. Autos núms. 47/2004, de 10 de febrero, 77/2004, de 9 de marzo, 174/2004, de 11 de mayo, y 393/2004 de 19 de octubre, que pueden consultarse en www.tribunalconstitucional.es. Para el TC "*no resulta en absoluto incompatible con la anterior doctrina, ni puede ser por tanto fundamento de una discriminación imputable a la disposición cuestionada, la existencia de las importantes novedades normativas que en los últimos años se han producido en la materia y que han ido destinadas a incorporar en plano de igualdad a las uniones no matrimoniales con las matrimoniales... sin llegar hasta la fecha, sin embargo, a una total equiparación*".

Vale la pena apuntar aquí, de forma incidental, que algunas sentencias en el ámbito de los juzgados de lo social han reconocido la pensión de viudedad aunque no existiera matrimonio legal, si bien posteriormente han sido anuladas en los ámbitos jurisdiccionales superiores. Una sentencia interesante, y que probablemente corra la suerte antes apuntada, es la dictada por el Juzgado de lo Social de Guadalajara el 23 de febrero de 2004, que reconoce la pensión de viudedad al superviviente de una pareja de hecho no registrada, por entender que había quedado probada su convivencia durante muchos años, con una hija fruto de esa unión, y que esta situación puede considerarse como la constitución de "*una familia aunque no plena, una unión parecida a la de la familia, sin su plenitud y cumpliendo una función social relevante, con una función semejante a la de la familia*".

En conclusión de este apartado, podemos afirmar que el TC considera que la CE acoge y protege toda unión estable, ya sea basada en el matrimonio o fuera de él, aunque concede un amplio margen al legislador para que regula esta materia por vía legal por lo que respecta a la equiparación de todas las parejas. En cualquier caso, tal como queda claro de la lectura del Auto 222/1994, el TC "*siempre se refiere a familias basadas en parejas heterosexuales, sin que tenga cabida la de origen homosexual*".[13] De tal forma, para que cambie la situación actual será necesario que el legislador estatal extienda la pensión de viudedad a las uniones estables de hecho, aun cuando también se ha apuntado otra posible solución, cual sería la creación de una pensión de supervivencia para aquellas personas que no estando casadas convivan de forma estable y duradera, tesis que no comparto porque no creo que el objetivo del ordenamiento jurídico sea profundizar en las diferencias por razón del carácter de hecho o de derecho del vínculo que une a dos personas, aún cuando sea bajo la apariencia de dar cobertura a una situación anteriormente desprotegida.[14]

IV. Marco legal estatal. El cumplimiento de la transposición de las Directivas comunitarias

1. Nos referimos en primer lugar a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 31-12-2003), la conocida coloquialmente como "ley de acompañamiento", que modifica numerosas normas legales y reglamentarias, y obviamente también afecta a la materia laboral y de empleo.

---

[13] Morgado, Purificación "La protección a la familia en la negociación colectiva", en AA.VV. *Estudio sobre negociación y convenios colectivos. Homenaje al profesor Alberto Guanche Marrero*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2004

[14] *Vid*. Blanco, Lourdes. *Parejas no casadas y pensión de viudedad*. Ed. Trivium, Madrid, 1992.

Se transponen al ordenamiento jurídico interno las Directivas comunitarias 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, respectivamente. Dicha transposición, que implica la aplicación de los nuevos preceptos a todas las personas, tanto en el sector público como en el privado, ha requerido la modificación de diversas normas legales para adaptar los correspondientes preceptos. De tal forma, la ley ahora comentada modifica la Ley del Estatuto de los trabajadores (LET), la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, la Ley de integración social de los minusválidos, y la Ley de reforma de la función pública, dado que esta última regula la igualdad de trato para los funcionarios. Desde la doctrina laboralista ya se ha apuntado la hipótesis de que la nueva regulación, tanto estatal como comunitaria, implica la obligación de modificar los preceptos de la LET que regulan las licencias, permisos y excedencias sólo para los miembros de las familias de derecho y no de las hecho, considerando que dada la rotunda afirmación del derecho a la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, así como a la no discriminación por razón de orientación sexual, la normativa laboral pudiera estar vulnerando los principios de igualdad y no discriminación.

En este apartado cabe hacer mención a algunos aspectos significativos de la citada Ley.

De tal forma, el artículo 28, con seguimiento literal de la norma comunitaria, conceptúa como principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón, entre otros aspectos, de la orientación sexual de una persona, y conceptúa igualmente como acoso toda conducta no deseada relacionada con la orientación sexual, "*que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo*".

La sección 3ª del Capítulo III del Título II es la más relevante, ya que regula las medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo. Por cierto que la norma estatal, tal como posibilita la norma comunitaria examinada y el TCE, permite medidas de acción positiva para corregir situaciones de desigualdad en que se encuentren determinados colectivos, y se hace cita expresa de la posibilidad de adoptar esas medidas "*para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de... orientación sexual*".

La Ley 62/2003 modifica, como acabo de indicar, varias normas laborales, para incluir las actuaciones contrarias a un trabajador por razón de su orientación sexual como discriminatorias, prohibidas por el ordenamiento jurídico y objeto de sanción. De tal forma, se prohíbe dicha discriminación en el acceso al empleo, o una vez que ya esté empleado (artículo 4.2 c LET), en las actuaciones de las

agencias de colocación con fines lucrativos (artículo 16.2 LET), y en todo tipo de preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario (artículo 17.1 LET). Además, se considera como nueva causa de despido disciplinario, y por tanto se incorpora al artículo 54.2 g) de la LET, "*el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa*", siendo importante señalar que serán tramitadas con arreglo al procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, al amparo del artículo 181 de la LPL, las demandas que se presenten por haberse presuntamente producido un tratamiento discriminatorio o acoso al trabajador demandante, y que de acuerdo con lo previsto en el artículo 96 de la misma ley, si el demandante aporta indicios fundados de la discriminación corresponderá al demandado la carga de la prueba de que no se ha producido ésta.

La actuación empresarial discriminatoria contra el trabajador por razón de orientación sexual se considerará falta muy grave, que puede ser sancionada con multa de 48.080,98 a 90.151,82 €.

V. NORMATIVA AUTONÓMICA DE PAREJAS DE HECHO. SU IMPACTO E INCIDENCIA SOBRE LOS DERECHOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA Y DE LOS FUNCIONARIOS

1. No existe regulación estatal de las parejas de hecho, pero sí nos encontramos con 11 normas autonómicas sobre la materia, dictadas por Cataluña, Aragón, Navarra, Valencia, Baleares, Madrid, Asturias, Andalucía, Canarias, Extremadura y País Vasco.

Las leyes autonómicas (salvo la aragonesa) regulan en un artículo los derechos reconocidos a las parejas de hecho, y se hace de dos formas: o bien mediante una cláusula genérica de equiparación a los derechos de las parejas que han contraído matrimonio, o bien mediante una cláusula en la que se mencionan qué derechos concretos se les reconocen. De este segundo modelo participa la ley catalana, cuyos artículos 9 y 27 (para las parejas heterosexuales y homosexuales, respectivamente) disponen lo siguiente:

> *"Beneficios respecto a la función pública.*
>
> *En relación con la función pública de la Administración de la Generalidad, los convivientes gozan de los beneficios siguientes:*
>
> *a) El de excedencia voluntaria, con una duración mínima de dos años y máxima de quince, si el conviviente del funcionario reside en otro municipio por el hecho de haber obtenido un puesto de trabajo definitivo como funcionario de carrera o como personal laboral en cualquier administración*

pública, organismo autónomo, entidad gestora de la Seguridad Social, en órganos constitucionales o del Poder Judicial.

b) El de permiso, por la muerte o la enfermedad grave del conviviente del funcionario o funcionaria, de dos días si el hecho se produce en la misma localidad y hasta cuatro si es en otra localidad.

c) El de reducción de un tercio o la mitad de la jornada de trabajo, con la reducción proporcional de sus retribuciones, tanto básicas como complementarias, trienios incluidos, por incapacidad física del conviviente y mientras conviva. Esta reducción es incompatible con el ejercicio de cualquier otra actividad, sea o no remunerada, durante el horario que sea objeto de la reducción, y puede ser sometida a las condiciones que por reglamento se establezcan para los puestos de mando".

2. Con relación al ámbito de aplicación de las normas autonómicas, es decir a su afectación al funcionariado autonómico *stricto senso* o también al personal laboral, hay tres leyes (País Vasco, Cataluña y Madrid) cuya redacción parece dar a entender claramente que se refieren sólo a los funcionarios, mientras que las restantes se refieren de forma más o menos clara a todo el personal que presta sus servicios para la correspondiente Administración autonómica.

Como ejemplo de la segunda, y mayoritaria, vía, cito la Ley balear 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, cuya disposición adicional primera dispone que los miembros de una pareja estable que estén sometidos al régimen estatutario de los funcionarios de la Administración autonómica..., o al régimen del personal laboral al servicio de ésta, "*se entenderán equiparados, en cuanto a derechos y obligaciones de los cónyuges, en el marco de la esfera competencial autonómica*".

Como ejemplo de la primera vía, cito la Ley vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, que equipara parejas de hecho y de derecho, en el ámbito de la función pública vasca, para reconocer a las primeras los derechos recogidos en el "*estatuto de los funcionarios del País Vasco, en cuanto a licencias, permisos, situaciones administrativas y provisión de puestos de trabajo*", si bien el contenido del artículo 17 da claramente a entender que la equiparación se producirá (como de hecho ocurre) también para el personal laboral, y también se pide (no puede hacer más la autonomía, por carecer de competencias legislativas laborales) que se extienda la equiparación a los trabajadores del sector privado. En efecto, la Administración autonómica, en el ámbito de sus competencias, "*velará por la plena equiparación de los derechos entre las parejas de hecho y las casadas en la aplicación de las normas laborales y de la Seguridad Social, tanto se trate del sector público como del sector privado*". También la Comunidad andaluza desea la extensión de la regulación al sector privado, manifestando en la introducción de su ley que promoverá, en el ámbito de la economía privada, "*la equiparación de los miembros de cualquier tipo de pareja respecto a los derechos de formación,*

licencias, ayudas de acción social, condiciones laborales y similares que se recojan en los contratos y convenios, respecto a las personas que forman matrimonio".

3. En casi todas las normas autonómicas examinadas hay una frase "de estilo" en la que se afirma que la regulación se ha efectuado al amparo de las competencias estatutarias de la respectiva Comunidad Autónoma, y dado que no hay competencias legislativas en materia laboral, ello ha impedido regular cuestiones que pertenecen a la esfera del derecho laboral y de la Seguridad Social.

En fin, en algunas leyes (ejemplo: la catalana de 1998) se requiere un período mínimo de convivencia para poder considerar la existencia jurídica de una pareja de hecho (uno o dos años), y en otras (ejemplo: la balear) no se requiere este requisito.

VI. MODIFICACIONES LEGISLATIVAS Y PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN CON IMPACTO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LAS PAREJAS DE HECHO

A) Examino en primer lugar la Proposición de ley "por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las uniones de hecho", presentada por el grupo socialista del Congreso (BOCG-CD, Serie B, 8 de noviembre de 1996, Núm. 61-1), que no fue tomada en consideración en aquel entonces, pero que probablemente pueda inspirar la regulación jurídica de las parejas de hecho que se elabore en su momento en el ámbito estatal.

La proposición se sustentaba jurídicamente en la vía abierta por el TC en sus Sentencias 184/1990 y 222/1992, sobre la posibilidad de extender a las parejas de hecho determinados beneficios que se confieren en el ordenamiento jurídico sólo a las personas que forman una pareja de derecho. La norma modifica diferentes textos sectoriales, para poder equiparar las parejas de hecho y de derecho, al tiempo que regula cómo han de conformarse y acreditarse las parejas de hecho. Es importante señalar que la proposición parte de la tesis de que "*no puede haber identidad de efectos entre matrimonio y unión de hecho (con independencia de su orientación sexual) por tratarse de instituciones diferentes y que obedecen a opciones y planteamientos personales distintos*" y que la nueva regulación se ajusta a la necesidad de que una persona pueda desarrollar libremente su personalidad.

En el ámbito laboral se proponía la modificación del artículo 1.3 e) de la LET para excluir (circunstancia que, por cierto, todavía no se da en el marco normativo actual de 2004) de su ámbito de aplicación, por no haber relación laboral, no sólo al cónyuge del empleador sino también "*a la persona unida al empresario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, siempre que conviva con él*". Igualmente, se proponía la modificación del artículo 40.3 para facilitar el derecho a la movilidad geográfica

de la pareja de hecho del trabajador que fuere trasladado por razones técnicas, económicas, organizativas o de producción.

En el ámbito de la Seguridad Social se proponían diversas modificaciones de la LGSS. En primer lugar, del artículo 7.2, para incluir a los convivientes de hecho entre los excluidos de la consideración de trabajadores por cuenta ajena, por su condición de familiares del empresario. En segundo término, se proponía la modificación del artículo 174.1 para reconocer el derecho a la pensión de viudedad a la persona que hubiere convivido con el fallecido, así como de los artículos 173 y 177 para equiparar el cónyuge y la pareja de hecho para percibir el auxilio por defunción y la indemnización especial a tanto alzado; en fin, la modificación del artículo 100 se propugnaba para extender el beneficio de la asistencia sanitaria a quienes convivan como pareja de hecho, es decir "*de forma permanente en análoga relación de afectividad a la conyugal con independencia de su orientación sexual*" (ciertamente, esta modificación sólo proponía elevar a rango de ley el criterio que ya se estaba aplicando a las parejas de hecho heterosexuales por los organismos competentes en virtud de la Resolución de 29 de diciembre de 1984 de la Secretaría General de la Seguridad Social).

Por su importancia a efectos laborales, cabe decir que el artículo 2 permitía la acreditación de la pareja de hecho (conceptuada en el artículo 1 y para la que se requería una estabilidad de, como mínimo, dos años, salvo que tuvieran descendencia en común y en cuyo caso bastaría la mera convivencia) mediante la inscripción en registros autonómicos, municipales o mediante documento público.

B) Examino a continuación algunas propuestas recientes y que, a buen seguro, van a contribuir a modificar el marco normativo actual, aun cuando el alcance de esta modificación sea todavía incierto.

a) Proposición no de ley presentada por el grupo parlamentario socialista relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo (BOCG-CD, Serie D, 25 de junio de 2004, Núm. 43).

Se insta al Gobierno a que presente un Proyecto de Ley que modifique la legislación civil estatal para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Se argumenta que la regulación jurídica de las parejas homosexuales ya se reconoce en normas estatales, autonómicas y locales, pero con alcance limitado, y que sufren discriminación con respecto a las parejas de hecho heterosexuales, ya que no pueden contraer matrimonio ni institucionalizar una familia. La norma quiere que se les facilite el ejercicio de esos derechos, a efectos de no excluir de la protección jurídica "*a aquellas personas que optan por una relación afectiva análoga a la conyugal pero con una persona de su mismo sexo*".

La Proposición fue tomada en consideración por el Pleno del Congreso del 29 de junio de 2004, con el voto en contra del Partido Popular.

Cabe señalar aquí que en la primera comparecencia del Ministro de Justicia ante la Comisión de Justicia del Congreso, el 25 de mayo, ya había anunciado que

el gobierno socialista promoverá las reformas legislativas necesarias en el ámbito del derecho de familia "para dotar de reconocimiento jurídico y de protección suficiente a las diferentes opciones de organización de vida familiar y libre desarrollo de la personalidad", con referencia expresa a la regulación del derecho a matrimonio entre personas del mismo sexo y el ejercicio de cuantos derechos y facultades conlleva en condiciones de igualdad. También anunció "la regulación de las parejas de hecho, que se llevará a cabo mediante la aprobación de un nuevo marco legal para las parejas que deseen formalizar su convivencia".

En parecidos términos se manifestó la Secretaria de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, en su comparecencia en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso el 30 de junio, reafirmando el compromiso del gobierno de elaborar una ley de parejas de hecho que se adapte a la realidad social actual y a las nuevas formas convivenciales, así como el de elaborar una ley que regule el matrimonio formado por personas del mismo sexo. Especialmente importante fue su referencia a la voluntad de modificar la Ley de protección a las familias numerosas a fin de incluir en ella a las parejas de hecho, obviamente excluidas hasta ahora ya que la aplicación de la ley parte del requisito previo de la existencia de un vínculo conyugal.

Como dato sociológico relevante, debe destacarse aquí la dura crítica formulada por el Comité Ejecutivo de la Conferencia Episcopal Española a esta propuesta. En una Nota de 15 de julio de 2004, se afirma que el matrimonio "es la base insustituible del crecimiento y de la estabilidad de la sociedad", y que la equiparación de las uniones homosexuales a los verdaderos matrimonios "es introducir un peligroso factor de disolución de la institución matrimonial y, con ella, del justo orden social", por lo que, para poder disfrutar estas parejas de derechos que les puedan corresponder como ciudadanos "lo justo es que acudan al derecho común para obtener la tutela de situaciones jurídicas de interés recíproco". La beligerancia del documento se manifiesta de forma expresa cuando se recuerda a los parlamentarios católicos que "tienen el deber moral de expresar claramente su desacuerdo y votar contra el proyecto de ley que pretende legalizar las uniones homosexuales".

b) En la misma línea que el anterior texto se presentaron Proposiciones de Ley de modificación del Código civil en materia de matrimonio por el Grupo parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (BOCG-CD, Serie B, 23 de abril de 2004, Núm. 46-1), Grupo parlamentario mixto (misma fecha, Núm. 54-1) y Grupo parlamentario de Esquerra Republicana (BOCG-CD, Serie B, 21 de mayo de 2004, Núm. 77-1).

c) Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE, 3).

La referencia a esta importante ley, cuyo proyecto mereció una valoración negativa por parte del Consejo General del Poder Judicial[15] encuentra su razón de ser en este trabajo ya que la exposición de motivos afirma que los efectos del matrimonio "*serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en los procesos de adopción*". En efecto, no cabe olvidar, como señalaba acertadamente el Consejo de Estado en su Dictamen de 16 de diciembre de 2004 sobre el Anteproyecto de Ley, que el matrimonio es una institución nuclear del ordenamiento jurídico, "*y no limita sus efectos a la esfera del Derecho Civil, sino que los despliega en los más diversos ámbitos (mercantil, laboral, administrativo, tributario, etc.)*".

La disposición adicional única concreta que las disposiciones legales que contengan alguna referencia al matrimonio "*se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*". Por consiguiente, a partir del 3 de julio la normativa laboral será de aplicación a las parejas heterosexuales y homosexuales que contraigan matrimonio, pero seguirá sin existir una regulación estatal sobre la problemática laboral y de Seguridad Social de las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual.

d) En el ámbito de la regulación de las parejas de hecho, uniones de hecho o parejas estables (que son diferentes denominaciones que adoptan los textos presentados) hay que citar las presentadas por el Grupo Parlamentario catalán (Convergencia i Unió) (BOCG-CD, 23 de abril de 2004, Núm. 26-1), del Grupo parlamentario de Izquierda verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (mismo día, Núm. 45-1) y grupo mixto (mismo día, Núm. 55-1).

En todas ellas se propugna la modificación de los preceptos laborales y de Seguridad Social que sólo se refieren al cónyuge, al objeto de incorporar la referencia a la persona conviviente de hecho y con independencia de su orientación sexual. Las modificaciones propuestas son semejantes a las propugnadas en el texto presentado en 1996 por el grupo parlamentario socialista (y van más allá en algún caso de forma expresa, aunque creo que del texto socialista también se

[15] El texto ha merecido una valoración negativa por parte del Consejo General del Poder Judicial. En su "Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo", de 26 de enero de 2005, se critica que el legislador estatal no haya abordado la necesidad de una regulación básica de la materia de las uniones de hecho y que en cambio haya dado el salto "de abril la posibilidad de acceder a la institución matrimonial a las personas homosexuales", circunstancia que a juicio del CGPJ evidencia "la caótica situación a la que puede llegar nuestro Derecho de Familia" (página 8). Para el CGPJ, la realidad social de uniones de hecho entre parejas homosexuales puede hacer aconsejable "que se les procure un tratamiento que les de seguridad jurídica, lo que puede implicar la necesidad de que esas uniones sean contempladas por el ordenamiento jurídico" (página 65).

puede inferir la equiparación en materia de permisos y licencias y excedencias) y que han sido objeto de atención con anterioridad. Sí que cambia el período que se requiere que la pareja de hecho esté constituida para poder acceder a los beneficios, ya que en la propuesta de CiU (que sigue la ley catalana de unión de parejas estables, de 1998) se requieren dos años, en la del grupo mixto la duración debe ser superior a un año, y en la de IU la unión será estable "*cuando haya durado al menos un año*" (salvo cuando haya descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia).

La tramitación de estas propuestas fue aprobada por todos los grupos parlamentarios en el Pleno del Congreso de 29 de junio. Desde el grupo popular, el más reticente durante los años anteriores a la regulación de las parejas de hecho, la Sra. Torné afirmo que la necesidad de dicha legislación es ya una cuestión social y jurídicamente madura en España, y manifestó la voluntad de su grupo parlamentario de aprobar una regulación de las uniones de hecho.[16] Es importante destacar que el portavoz del grupo socialista, Sr. Pedret, recordó que en poco tiempo se va a aprobar en España una regulación del matrimonio de personas del mismo sexo, y que ello cambia la regulación de las parejas de hecho, "porque no se trata ya de amparar a aquellos que queriendo casarse no pueden, sino de ver la situación que debe regularse, pero de forma distinta, de aquellos que pudiendo casarse no quieren, sea cual sea la causa, y a los que no podemos casar por imposición legal". Traigo esta cita a colación porque el proyecto de ley de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, objeto de atención con anterioridad, tendrá sin duda repercusiones sobre la futura regulación jurídica de las parejas de hecho, y buena prueba de ello es que las enmiendas del grupo parlamentario socialista a las diversas proposiciones de ley sobre uniones de hecho no aceptan la modificación expresa de las normas para incluir a las uniones de hecho, sino que se remiten a cada norma en concreto para que sea ésta la que regule los efectos sustantivos que puedan atribuirse a esta convivencia. Sirva como ejemplo tipo la siguiente enmienda: *"Los efectos sustantivos que puedan atribuirse a estas situaciones de convivencia inscritas serán los que, en cada caso, y de forma expresa, prevean las leyes*", enmienda cuya justificación radica en la conveniencia de remitirse a las leyes sectoriales de las distintas Administraciones Públicas "*para determinar los efectos sustantivos a los que esta norma pudiera dar cobertura*", y que nos dejaría, caso de ser aprobado, en la misma situación que nos encontramos en la actualidad, a la espera de la modificación normativa que pudiera producirse en las normas laborales y de Seguridad Social.

---

[16] En el XV Congreso Nacional del Partido Popular, celebrado del 1 al 3 de octubre de 2004, se aprobó la ponencia "Comprometidos con las personas", en la que se defiende la necesidad de "regular jurídicamente las nuevas formas de convivencia que no responden al matrimonio tradicional, mediante la elaboración de una Ley que regule estas nuevas realidades con todos los derechos y con pleno respeto a la seguridad jurídica y a los derechos de terceros que pudieran verse afectados".

d) En el ámbito político catalán es importante, por la trascendencia que puede tener en el futuro jurídico de esta materia, destacar que en el Acuerdo tripartito de 14 de diciembre de 2003 para un gobierno catalanista y de izquierdas en la Generalidad de Cataluña, en concreto en su apartado 5.10, se incluye, como medida que deberá ser concretada obviamente en sede legislativa, la equiparación de las parejas de hecho "*con independencia de su orientación sexual en el conjunto de ayudas y apoyos (servicios sociales, política de vivienda, formación, trabajo, etc.)*" Se plantea la revisión de la normativa autonómica para el incluir el trato de la homosexualidad con el reconocimiento de su derecho a matrimonio y adopción, y también incidir en la sociedad para que se acoja el respeto a los derechos individuales de los gays y lesbianas entre otros en el ámbito laboral.

VII. Negociación colectiva y diálogo social

A) Me refiero en primer lugar al Acuerdo suscrito por el Gobierno estatal y los agentes sociales el 8 de julio de 2004.

Únicamente se encuentra una referencia que puede entenderse referida, aunque indirectamente, a las parejas de hecho. Las partes se proponen, en los ámbitos del diálogo social, buscar soluciones que promuevan la integración laboral de las mujeres y que mejoren sus condiciones de trabajo, y que "*igualmente, promoverán la conciliación de la vida familiar y laboral. Y todo ello, en un sentido en todo conforme con el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación*".

B) Examinamos ahora los criterios defendidos por uno de los sindicatos más representativos, CC OO, para la negociación colectiva de 2004. Dentro del apartado 5.3, dedicado (y me parece muy significativo de lo que quiere indicar) a la conciliación de la vida familiar y laboral, se propone por el sindicato que todo lo regulado "*sobre permisos retribuidos, reducción de la jornada por motivos familiares y excedencias*", deberá entenderse, y así habrá de quedar plasmado en el texto del convenio correspondiente, que "*será de aplicación en los mismos términos y condiciones para las parejas de hecho, cuando así sean reconocidas mediante la oportuna regulación por cualquier organismo competente*".

C) A continuación, centramos ya nuestra atención en el examen de los convenios colectivos, siguiendo la muestra de 249 Convenios de los años 2001 y 2002 analizados en un importante estudio realizado por el Observatorio de la Negociación Colectiva de CC OO.[17]

---

[17] Las referencias que utilizo a continuación se basan en el artículo de Morillo Balado, Rosario M. "Nuevos modelos de convivencia familiar: las parejas de hecho de igual o distinto sexo", publicado en Escudero, Ricardo (coordinador) *La negociación colectiva en España.* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs, 780 a 804.

En el análisis de los convenios colectivos hay que estudiar qué derechos se atribuyen a las parejas de hecho estables, en cuáles se reconoce a las parejas homosexuales, y qué requisitos se exigen para acreditar la existencia de la pareja de hecho.

De los convenios examinados en la muestra, regulan las parejas de hecho un 35 % de los convenios estatales, un 32 % de los autonómicos, un 44 % de los provinciales, un 33 % de empresa, lo que da un porcentaje total del 37 %, es decir 92 sobre los 249 examinados. La expresión más utilizada es "parejas de hecho" (60 %), a la que se añade una amplia lista de términos utilizados (familia de hecho, pareja estable, persona con quien conviva sentimentalmente, convivencia *more uxorio*, pareja estable con convivencia continuada, etc.).

Sólo 5 convenios equiparan de forma total las parejas de hecho a los matrimonios. 26 convenios amplían a las primeras el disfrute de las licencias o permisos retribuidos a la pareja de derecho (o a uno de sus miembros según cual sea el supuesto planteado). 58 convenios concretan qué licencias y permisos se conceden a las parejas de hecho (es decir, no todas las reconocidas a los miembros de una pareja de derecho). Hay seis convenios que reconocen de forma expresa los derechos a las parejas homosexuales (aunque a mi parecer, y con arreglo a la normativa comunitaria y estatal, en la práctica se irá imponiendo por la vía de los hechos o de la intervención administrativa o judicial el reconocimiento a todas las parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual). En algunos convenios se hace referencia de forma general al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa civil autonómica, circunstancia que implicaría en Cataluña también el reconocimiento de parejas homosexuales aunque no se recoja de forma expresa en el convenio.

La equiparación parcial de derechos es criticable, es cuanto que sigue dejando de peor condición a las parejas de hecho y a sus miembros que a los que forman parte de parejas de derecho. La crítica que debe hacerse en este punto a esos convenios también ha de efectuarse a otra serie de 100 convenios objeto de análisis y estudio por la Comunidad de Madrid, argumentándose con buen criterio a mi parecer que la plena aplicación de los principios de igualdad y no discriminación requiere que no se efectúe ese tipo de distinciones, y que la equiparación sea a todos los efectos, debiendo recogerse esa cláusula de equiparación "en apartados propios de carácter general que pudieran informar toda la interpretación del convenio colectivo".[18]

En el 87 % de los convenios examinados en la muestra primeramente referenciada se requiere que las parejas de hecho acrediten esta circunstancia

[18] Guía de criterios y cláusulas para la negociación de convenios, en materia de conciliación de la vida familiar y profesional, Madrid, 2003.

para poder acceder a los derechos recogidos en el convenio. Según la autora del trabajo, "llama la atención que una de las circunstancias más comunes para las que se exige acreditación es la convivencia en un mismo domicilio, aspecto este que en ningún momento se solicita para los integrantes de un matrimonio". La pareja de hecho se acreditará bien mediante la inscripción en el registro correspondiente de parejas (estatal, autonómico o local), o el certificado de empadronamiento, o mediante acta notarial, y con alguna referencia genérica a "cualquier otro documento de carácter oficial que acredite su situación de pareja".

Repárese en la importancia e incidencia de la normativa civil autonómica sobre las relaciones laborales en este punto, ya que numerosos convenios se remiten a la legislación de su autonomía sobre las parejas de hecho para que se acredite la convivencia, dato que significa que habrá que estar al cumplimiento de los requisitos de tiempo y forma en cada una de ellas, y al fijarse diferentes períodos previos de convivencia para poder acceder a la condición jurídica de pareja de hecho cabe pensar que la misma redacción de dos convenios colectivos de distinto ámbito territorial lleve a diferentes resultados en función de lo dispuesto en la normativa civil.

En algunos convenios se contiene la referencia explicita a un período mínimo de convivencia, es decir no se remite a la normativa civil sino que se regula en el propio ámbito laboral, y suele oscilar entre uno y dos años de convivencia previa al posible ejercicio de los derechos, pudiendo citarse como ejemplo "duro" el convenio del Ayuntamiento de Valladolid, que exige acreditar la convivencia durante más de cinco años, mediante el certificado del registro municipal correspondiente.

En las conclusiones del trabajo, y además de plantear la necesidad de ampliar el número de convenios que regulan esta cuestión, la autora sugiere que en sede provincial y autonómica sería conveniente inspirarse en las leyes civiles autonómicas y en los derechos que reconocen a sus funcionarios que forman pareja de hecho, para poder extender este modelo a todos los sectores económicos.

Mucho más optimista que el estudio anteriormente referenciado es el efectuado en Cataluña, con una selectiva muestra de convenios colectivos de los años 2000 y 2001, en donde los autores del trabajo llegan a la conclusión, que parece ciertamente exagerada si se compara con el estudio anterior, de que en los convenios colectivos de ámbito catalán existe "una total recepción de la problemática vinculada a las uniones de hecho, de modo que ampliando el alcance de la normativa laboral, se equipara prácticamente de forma plena el derecho al ejercicio de licencias y permisos". Posiblemente esta última parte de la afirmación nos dé el exacto alcance de la tesis defendida, ya que el principio de igualdad y no discriminación debe entenderse con alcance general, como hemos apuntado

con anterioridad, y no sólo referido a unos aspectos parciales y limitados de la relación jurídico-laboral.[19]

D) Vayamos ahora al examen de algunas cláusulas interesantes de convenio.

a) En el artículo 52 del convenio provincial de la industria del metal de Valencia (2000-2002), en la interpretación efectuada por la Comisión paritaria el 15 de febrero de 2001, las situaciones previstas a favor de los cónyuges, "*se extenderán a las supuestos de las parejas de hecho, por lo que el permiso por matrimonio debe ser concedido también a las parejas de hecho, siendo el hecho causante del mismo el momento de la inscripción en el registro correspondiente*"**.** También en el grupo EROSKI, en junio de 2004, se han equiparado los derechos laborales de un socio trabajador casado con los de un socio trabajador que formaliza una pareja de hecho, y según la empresa se ha hecho a fin de ofrecer los cauces necesarios "*para que el principio de igualdad y la libertad de las personas y grupos sociales en que se integra sean reales y efectivas*".

Otro modelo de cláusula de convenio, bastante más restrictiva y de dudosa constitucionalidad a mi parecer por vulneración del principio de igualdad, aunque es cierto que al no haber obligación de regulación idéntica para parejas de hecho y de derecho puede argumentarse que la mejora concedida de equiparación puede contener limitaciones para evitar situaciones fraudulentas, es el siguiente: se reconoce que las parejas de hecho disfrutarán de todas las garantías y derechos emanadas del convenio "*siempre que su situación esté regulada en el modo y manera que dicte la Ley. La licencia retribuida en el caso de matrimonio se disfrutará una sola vez en la misma empresa*". Otro modelo, de más prolija redacción, es el que reconoce los mismos derechos "*que los cónyuges en matrimonio a las personas, con independencia de su orientación sexual, que conviven en unión de pareja afectiva y estable, previa justificación de estos extremos mediante certificación de inscripción en el correspondiente registro oficial de parejas de hecho. Dicha certificación podrá sustituirse en aquellas poblaciones donde no exista registro oficial por acta notarial o por certificación municipal de convivencia*".

Vale la pena citar de forma detallada, por su interés, el Convenio colectivo de Telefónica para el período 2003-2005. Es un convenio muy importante porque de forma exhaustiva se regulan los derechos de las parejas de hecho en el apartado 12.2 dedicado a igualdad de género y no discriminación. Se afirma, para justificar la regulación, que la empresa es "*sensible a la realidad social creciente*" de *"nuevas formas de convivencia que surgen en nuestra sociedad*", definiendo la pareja de hecho como "*la unión estable de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, y que conste inscrita en el correspondiente Registro Oficial"*.

---

[19] AA VV, *La negociación colectiva en Catalunya*: *análisis 2001.* UGT/CRESC, Barcelona, 2002.

La norma convencional extiende la mayor parte de los derechos reconocidos a las parejas de derecho a las parejas de hecho. Hay una especificación sobre el permiso por "constitución de pareja de hecho", que se equipara parcialmente al del matrimonio, ya que se concederá "*por una sola vez a los empleados que lo soliciten, sin que resulte aplicable con carácter retroactivo*".

La condición de pareja de hecho se acreditará por dos posibles vías: certificado de inscripción en el registro de parejas de hecho autonómico o, supletoriamente, el del municipio de residencia del trabajador; en caso de inexistencia de Registro, que deberá acreditarse "*mediante la oportuna certificación administrativa*", será suficiente "*la presentación de escritura pública otorgada por ambos miembros de la pareja declarativa de su constitución como pareja de hecho*".

E) También se ha producido en alguna ocasión la equiparación de derechos en materia de previsión social complementaria. Valga como ejemplo que en el pacto de exteriorización de pensiones, suscrito entre Citybank y CC OO, UGT, CIG y FITC, el 11 de noviembre de 2002, se permite que las parejas de hecho (compañeros sentimentales) que convivan con el empleado fallecido, y previa acreditación de dicha convivencia, "puedan recibir el importe acumulado por pensión" (por muerte de la pareja de hecho).

F) Me refiero ahora a los acuerdos entre organizaciones sindicales y colectivos gays, por la incidencia que pueden tener sobre la negociación colectiva. En concreto, me remito al Convenio de colaboración de 23 de junio de 2004 entre UGT y la Federación estatal de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (FELGT). En la introducción se recuerda que el 38 º Congreso Confederal de UGT proclamó que la homosexualidad, en cuanto que forma de vida y de expresión personal, o de reconocimiento amplio del concepto de familia ("ámbito de convivencia de dos o más personas con un proyecto personal común"), necesita de políticas específicas de apoyo y reconocimiento. En el ámbito de la negociación colectiva, ambas partes se comprometen, y me parece obviamente que la mayor implicación le corresponde al sindicato, a "*eliminar cualquier tipo de discriminación por razones de orientación e identidad sexual, permitiendo la total equiparación de las condiciones laborales básicas y de los derechos, incorporando de forma precisa la determinación de tales supuestos en los convenios colectivos*". Por su parte, el sindicato reclama que se modifique la LET para equiparar los derechos de todas las parejas en todos los preceptos que sea necesario (ejemplo: excedencias o movilidad geográfica), y se plantea también la conveniencia de una ley estatal de parejas de hecho que reconozca a todas las parejas, con independencia de su orientación sexual, "*los mismos beneficios de carácter económico-patrimonial (fiscalidad, herencia, Seguridad Social, alimentos), derechos de adopción y beneficios laborales*".

G) Por último, y en sede autonómica, cabe hacer referencia a las Recomendaciones y Orientaciones formuladas por el pleno del Consejo Andaluz

de Relaciones Laborales, el 27 de junio de 2003, en materias de igualdad y no discriminación dirigidas a los negociadores de convenios colectivos andaluces. El apartado 4 regula la "Conciliación", y empieza afirmando que se "*promoverá*" el acceso a las medidas autonómicas y estatales que faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral, y que los convenios colectivos "*podrán contemplar la situación de las parejas de hecho a los efectos de la aplicación de las medidas sobre conciliación de la vida familiar y laboral*".

VIII. DOCTRINA JUDICIAL. INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS LEGALES Y CONVENCIONALES POR LOS JUECES Y TRIBUNALES LABORALES

En este apartado presto atención a algunas interesante sentencias en las que los juzgados y tribunales laborales han debido pronunciarse sobre cuestiones referente a la problemática laboral y de Seguridad Social de las parejas de hecho.

A) La sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2004 analiza el supuesto del posible derecho a percibir prestaciones en favor de familiares (artículo 176 LGSS) a una hija del causante fallecido, la cual, según consta en los hechos probados de la sentencia de instancia, estaba casada y separada de hecho, no percibía pensión de su cónyuge, convivía con el asegurado y en su domicilio, con dedicación a su cuidado y a sus expensas, y cumplía el requisito de edad requerido por la normativa aplicable para acceder a la prestación. El TS no equipara esta situación de hecho a la separación legal, porque entiende que la dicción del artículo 176.4 de la LGSS es clara y terminante cuando dispone que a efectos del reconocimiento de estas prestaciones "*quienes se encuentren en situación legal de separación tendrán, respecto de sus ascendientes o descendientes, los mismos derechos que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio*". Para el TS, y es una reflexión jurídica de alcance, "*sólo cuando consta que se han agotado los deberes de protección recíproca en el marco de la institución matrimonial para los cónyuges separados de hecho, lo que no ha sucedido en los supuestos de las sentencias comparadas, cabría pensar en la posibilidad de recurso a la protección social dispensada por las prestaciones de Seguridad Social por muerte y supervivencia a favor de otros familiares distintos de los viudos y huérfanos*". Es decir, el TS deja una puerta abierta al posible reconocimiento del derecho para la pareja de hecho de un causante, si bien, al no darse las condiciones que pudieran permitirle entrar en el análisis teórico de esta cuestión, el TS concluye que "*no es necesario en el presente recurso de unificación de doctrina pronunciarse sobre este supuesto hipotético*".

B) Interpretación de un convenio colectivo (RENFE, 2000, XIII Convenio) por el Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid respecto a qué debe entenderse por "pareja

de hecho". La empresa alega que una pareja de hecho homosexual no constituye un núcleo familiar, pero sin embargo el Juzgado entiende que el convenio no hace distinción entre parejas de hecho por razón de su orientación sexual, y entiende que la decisión de la empresa vulnera el ejercicio del derecho de libre desarrollo de la personalidad individual previsto en el art. 10.1 CE.

C) El Juzgado de lo Social núm. 1 de Santander, en sentencia dictada el 17 de junio de 2004, ha reconocido el derecho de un trabajador de Telefónica a ausentarse, como permiso retribuido, para acompañar a su compañera de hecho a la realización de una prueba de amniocentesis, "*que debe de realizarse respecto del descendiente no nacido y que ha sido concebido por ambos*". El interés de la sentencia radica en primer lugar en la extensión del permiso a un integrante de una pareja de hecho aunque en aquel momento no estaba reconocido en el convenio colectivo, y en segundo lugar que cuando el convenio hace referencia a enfermedades o intervenciones quirúrgicas de familiares la sentencia amplia este supuesto a la intervención que afecte al hijo no nacido, por lo que deberá concederse el permiso al miembro de la pareja de hecho que haya concebido el hijo con la madre.

D) Sobre el reconocimiento del derecho en materia de asistencia sanitaria al compañero de hecho del titular de la tarjeta sanitaria, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se pronuncia de forma interesante en su sentencia de 6 de mayo de 2004. El litigio se suscitó por la denegación por parte del INSS del reconocimiento de la condición de beneficiario de la tarjeta a la pareja del demandante, con la argumentación de que no existe equiparación jurídica entre el matrimonio y las parejas homosexuales, y que la normativa en la materia sólo reconoce el derecho a favor de quien convive maritalmente con el titular del derecho sin ser su cónyuge (es decir las parejas de hecho heterosexuales).

En apoyo de la extensión del derecho al compañero del mismo sexo del titular de la tarjeta sanitaria, la sentencia hace referencia de forma incidental a la prohibición de discriminación por razón de sexo recogida en el artículo 14 de la CE, en el mismo artículo de la Convención Europea de Derechos Humanos, y en la Directiva 2000/78/CE que prohíbe, tal como hemos explicado con anterioridad, la discriminación por razón de orientación sexual.

Ahora bien, la parte realmente relevante de esta importante sentencia, que debe ser objeto de especial atención, es la utilización de las normas civiles, tanto el Código Civil como la ley catalana de unión estables de pareja, para fundamentar su tesis favorable al reconocimiento de un derecho de protección social a una persona que convive con otra del mismo sexo, en análoga relación de afectividad que la que puedan tener las parejas de derecho o las parejas de hecho heterosexuales.

Es importante señalar, en primer lugar, que dado que el litigio se plantea en Cataluña el TSJ acude a la Ley 10/1998, de 15 de junio para recordar que esta pareja se encuentra reconocida en la normativa civil catalana, y que aunque esta norma no puede alterar la normativa estatal de Seguridad Social, en virtud de la existencia de títulos competenciales diferentes en materia civil y de protección social, sí puede y debe servir como criterio interpretativo, y más en concreto "*para interpretar el requisito establecido en la misma de que el beneficiario (del disfrute de la tarjeta) tenga una relación asimilada al matrimonio con el titular de la prestación, en el sentido de que se admiten tanto las parejas heterosexuales como homosexuales*".

En segundo término, el TSJC va mucho más lejos en sus afirmaciones jurídicas y considera, con base en el artículo 3.1 del Código Civil y sin necesidad de acudir a la normativa autonómica sobre parejas de hecho, que "*aunque no haya sido objeto de este pleito, cualquier pareja de hecho con independencia de su orientación sexual que resida en cualquier lugar del territorio español, tiene derecho a la prestación de asistencia sanitaria aquí controvertida, si se cumplen los demás requisitos exigidos*". Esperaremos con interés el pronunciamiento del Tribunal Supremo en su sentencia sobre el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS.

IX. RECAPITULACIÓN FINAL

Para concluir nuestro estudio, es conveniente reordenar y sistematizar algunas de las ideas y tesis más relevantes que aparecen a lo largo del mismo.

Hemos podido comprobar que el ordenamiento comunitario hace referencia en pocas ocasiones al posible reconocimiento de las parejas de hecho como sujetos de derecho, consecuencia lógica por otra parte del hecho de la competencia atribuida a los Estados miembros en materia de derecho de familia. Ciertamente me parece importante que exista una referencia expresa, en el ámbito de la normativa de inmigración, a que se equipare la situación de la pareja de hecho del reagrupante a la de su cónyuge, pero el alcance de la norma es bastante limitado en cuanto que deja la cuestión en manos del ordenamiento jurídico de cada Estado, y así se comprueba en las recientes Directivas comunitarias que se han dictado en materia de inmigración.

Se ha constatado que no existe regulación estatal de las parejas de hecho y que, por consiguiente, ello impacta negativamente sobre la equiparación de los derechos laborales y de protección social de las parejas de hecho con las de derecho, dado que el ordenamiento jurídico laboral no contiene ninguna regulación específica referida a esas parejas, refiriéndose siempre al matrimonio como la situación jurídica que permitirá el disfrute de algunos derechos

(ejemplo: permisos retribuido con ocasión de su celebración o por enfermedad o accidente de la pareja) y el reconocimiento de prestaciones sociales (ejemplo: acceso a la pensión de viudedad). Sigue siendo plenamente válida todavía la tesis defendida hace varios años por el profesor Ignasi Camós de que en el ámbito específico de la Seguridad Social "la extensión de los beneficios del sistema a las uniones extramatrimoniales se ha limitado, con efectos generales, a la asistencia sanitaria".[20]

Dicho en otros términos, la normativa legal regula situaciones en la que la premisa previa es la existencia de una unidad matrimonial. Es necesario acudir a la negociación colectiva para poder ampliar a las uniones de hecho algunos o todos los derechos reconocidos a las parejas matrimoniales o a uno de sus miembros, si bien del examen que hemos efectuado de distintos grupos de convenios se resalta que todavía queda bastante por hacer en este terreno para que la equiparación se produzca con alcance general y no sólo referida al disfrute de algunas licencias y permisos. La misma situación de desprotección se produce en el ámbito de la Seguridad Social, salvo en el supuesto de asistencia sanitaria (tanto para las parejas de hecho heterosexuales como homosexuales a partir del 3 de julio de 2005), si bien cabe esperar que recientes sentencias y los principios generales en sede comunitaria y estatal de no discriminación por razón de orientación sexual lleven al legislador a reconocer el derecho a toda pareja de hecho, corrigiendo el retraso de adaptación de los sistemas de protección social a las nuevas dinámicas sociales; en dichas dinámicas, y ya lo apuntaba el profesor Rodríguez-Piñero en 1996 y su tesis sigue siendo plenamente válida en la actualidad, "las uniones de hecho aparecen no como fenómenos marginales fuera de la ley, sino como hechos sociales relativamente frecuentes en una sociedad pluralista y tolerante, que crean una problemática social que no puede ser ignorada en un Estado social de Derecho".[21]

Ciertamente es en el ámbito autonómico donde más se ha avanzado en la equiparación de los derechos y obligaciones de todo tipo de parejas, en el bien entendido que las limitaciones derivadas de los títulos competenciales atribuidos a las autonomías han llevado a que esa equiparación se haya producido sólo de forma casi total para su personal funcionario y de forma parcial para el personal laboral *stricto senso* al servicio de la Administración autonómica.

Concluyo. La nueva regulación del derecho a contraer matrimonio por personas del mismo sexo implica un cambio sustantiva con respecto al mapa normativo

---

[20] "La regulación de la unión matrimonial y su incidencia en el ámbito de la Seguridad Social", en Martinell J.M. y Areces M.T.(eds), *Uniones de hecho*. Edicions de la Universitat de Lleida, 1998.

[21] "Uniones de hecho y protección social", en Martinell J.M. y Areces M.T. (eds), *Uniones de hecho*. Edicions de la Universitat de Lleida, 1998.

actual, ya que supone el pleno reconocimiento de los derechos laborales y de protección social para todas las parejas matrimoniales, con independencia de su orientación sexual. La nueva regulación estatal supondrá la desaparición de la litigiosidad que hasta ahora ha existido para reconocer los derechos laborales y de Seguridad Social a los miembros de las parejas de hecho homosexuales que ya podrán contraer matrimonio. Sin embargo, y a la espera de una regulación estatal en la materia, no se prevén en el futuro inmediato cambios sustantivos relevantes sobre los derechos de las parejas de hecho y con independencia de su orientación sexual; de ahí que deba mantenerse una tarea vigilante por parte de los agentes sociales, y muy en especial de los representantes de los trabajadores, para tratar de conseguir por vía convencional que se respeten plenamente los principios de igualdad y no discriminación en el ámbito de las relaciones de trabajo.