

La sucesión intestada del conviviente homosexual

Comentario a y desde la STSJ Cataluña, 9.3.2009

Sergio Llebaría Samper

Facultad de Derecho de ESADE
Universitat Ramon Llull

Abstract

La sentencia del TSJ de Cataluña niega los derechos sucesorios abintestato al conviviente homosexual. La solución es pacífica, por aplicarse la indiscutible letra de la LUEP de 1998. Sin embargo, las reformas posteriores introducidas en el sistema han provocado desajustes en la vigencia y aplicación de aquella ley. Su fundamento ha quedado cuestionado, abriéndose dos fases temporales en las que la literalidad de aquella ley arroja discriminaciones. Este trabajo reflexiona sobre el alcance de las discriminaciones, sobre su posible solución y sobre la justificación de las reformas realizadas o en proceso de realización.

The judgment of the TSJ of Catalonia denies intestate inheritance rights to the surviving homosexual partner. There can be no argument about this ruling, as it simply applies the undisputed letter of the LUEP of 1998. Nevertheless, the later reforms introduced in the system have provoked readjustments in the force and application of that statute. Its foundation has been questioned, opening up two temporal phases in which it has been argued that the literal meaning of this statute provokes discriminations. This study reflects on the scope of these discriminations, on the possibility of a solution and on the justification of the reforms that are already made or are in process.

Title: The intestate succession of the same sex cohabitant. Comments on the judgement of the Catalan Supreme Court, 9th of March of 2009

Palabras clave: unión estable homosexual, sucesión intestada, parejas de hecho y modelos normativos
Keywords: same sex union, intestate succession, cohabitating couples and normative models

Sumario

- 1. Los hechos**
- 2. Una solución tan sencilla como impecable**
- 3. La muerte del conviviente en un contexto diferente: los desfases normativos**
 - 3.1. La evolución normativa de los modelos**
 - 3.2. Primer desfase: de 3 de julio de 2005 a 31 de diciembre de 2008**
 - a. La discriminación para la unión heterosexual en la negación sucesoria**
 - b. La discriminación para la unión homosexual excluida**
 - 3.3. Segundo desfase: de 1 de enero de 2009 a la entrada en vigor del proyectado libro segundo**
- 4. Recapitulación**
- 5. Bibliografía**
- 6. Tabla de sentencias citadas**

1. Los hechos

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en adelante, TSJC) ha resuelto el recurso de casación número 50 mediante la sentencia (nº 9) de 9 de marzo de 2009, de la que ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Carlos Ramos Rubio. La narración fáctica que, en síntesis, se desprende de la propia sentencia es como sigue.

D. Francisco falleció en Terrassa el 23 de diciembre de 2000, sin haber otorgado testamento y sin dejar más parientes que dos hermanos. Fueron éstos quienes, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Rubí, promovieron la oportuna declaración de herederos abintestato. El expediente abandonó la rutina que le caracteriza cuando compareció D. Manuel, con la pretensión de ser declarado heredero intestado del difunto en cuanto al 50% de la herencia, por haber sido su pareja de hecho durante más de veinte años. A raíz de ello, el expediente fue declarado contencioso, y resuelto por la sentencia del Juzgado mencionado de 11 de diciembre de 2006, que declaró únicos herederos intestados de D. Francisco a sus dos hermanos.

D. Manuel, insatisfecho, interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, 22.1.2008 (RJC 959). El recurso fue desestimado, y, en lo que nos interesa, bajo los siguientes argumentos:

a) No puede ser reconocido como heredero intestado del causante por cuanto, si bien quedó demostrada su relación de convivencia, no se acreditó el otorgamiento de escritura pública como requisito constitutivo de la unión a efectos de aplicarle el art. 34 de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja (en adelante, LUEP) (es esto último lo exigido por el texto legal, por más que la sentencia, en lo que parece un lapsus, aluda antes a la inscripción de la relación de pareja).

b) En cuanto a la petición subsidiaria de compensación por enriquecimiento injusto, es rechazada también por no quedar demostrados los requisitos que habilitan a su concesión, además de que tal indemnización sólo procede para casos de cese de la convivencia distintos de la muerte de uno de los convivientes (en otro lapsus, se cita el art. 13 LUEP en vez del 31.2).

D. Manuel, más insatisfecho aún, interpuso recurso de casación sobre la base de estimar vulnerados el art. 14 de la Constitución Española (en adelante, CE), los arts. 34, 19, 20 y 21 LUEP, y la doctrina del enriquecimiento sin causa, con cita en la STS, 1ª, 17.6.2003 (RJ 4605). En su petitum insistía en solicitar [a] ser declarado heredero intestado único, subsidiariamente [b] ser declarado heredero intestado en la mitad de la herencia, y por último [c] ser indemnizado en el valor equivalente a una cuarta parte de la totalidad de la herencia, la totalidad de los bienes que componen el ajuar y la utilidad vitalicia de la vivienda que fue hogar común de la pareja (sic).

2. Una solución tan sencilla como impecable

El TSJC desestima el recurso de casación interpuesto por D. Manuel. Me detendré ahora en la justificación fundamental de los tres motivos sustanciales sobre los que se armó el recurso.

1º. No hay infracción del art. 14 CE en la diferencia de trato que la LUEP otorga para uniones heterosexuales y homosexuales en lo que respecta a las vías de acceso de cada unión. Defiende que se trata de una opción legislativa que busca un equilibrio razonable en las exigencias de la libertad individual que, en el *contexto temporal* de la LUEP (1998), encuentra su explicación en las distintas alternativas existentes para ambas uniones: la matrimonial, y solo para las heterosexuales. La ausencia de esta alternativa para la unión homosexual justificaría, pues, la diferencia de trato. Pacífica y notoria es esta justificación, ya reconocida por el propio Preámbulo de la LUEP (párrafo IX), y no ignorada por cuantos han tenido la oportunidad de comentarla.

2º. Tampoco hay infracción del art. 34, en relación con los arts. 19 a 21, todos ellos de la LUEP. La escritura pública constituye para la unión homosexual un requisito constitutivo, una forma *ad solemnitatem*, sin que su sobrada acreditación por otros medios pueda merecer la aplicación de los arts. 19 a 38 LUEP, y ello a diferencia de lo previsto para la unión heterosexual. De nuevo tal diferencia se justifica en aquel *contexto temporal* (sic). Y aunque constituya una afirmación que me parece tangencial (dada la forma en que debe manifestarse la voluntad *mortis causa*), la sentencia no aprecia signo alguno en la voluntad sucesoria del causante, ni de inclusión ni de exclusión. Nada que objetar. Que la escritura pública funciona como una vía acceso y requisito constitutivo para las uniones homosexuales, es lectura aplastante que la doctrina ha hecho del art. 21 LUEP (GARRIDO MELERO (1999, p. 92) y MARTÍN CASALS (2000, p. 1219)). Las escasas resoluciones de las Audiencias Provinciales así se han pronunciado: AAP Barcelona, 1ª, 2.2.2004 (JUR 81387), AAP Barcelona, 13ª, 6.3.2006 (AC 1550), y SAP Barcelona, 13ª, 15.4.2008 (JUR 206494), si bien en este último caso, además, el conviviente fallecido estaba casado. En sentido inverso, el art. 34 no puede aplicarse a la unión heterosexual, ni aunque se formalice en escritura pública: SAP Barcelona, 11ª, 29.3.2007 (AC 1071).

3º. Por lo que respecta a la denunciada violación del principio de enriquecimiento injusto, el Tribunal no entra en su valoración por razones estrictamente procesales (no hubo interposición conjunta de un recurso extraordinario por infracción procesal). Aunque no sea esta cuestión la que más me interesa de la sentencia, conviene detenernos por un instante en explorar las posibilidades de una petición similar. Su negativa podría hacerse descansar en la situación paradójica y hasta contradictoria de pretender reclamar un efecto típico recogido en la LUEP (art. 31.2) por quien precisamente se halla fuera de su ámbito de aplicación (pudiendo estar dentro). Además, la tipificación del supuesto de hecho previsto en el art. 31.2 excluiría que el mismo supuesto siguiera gozando de consecuencias jurídicas cuando dicho precepto no entra en juego; es decir, agotaría para las uniones homosexuales la posibilidad de pedir una indemnización por la contribución

al hogar basada en el enriquecimiento injusto. Por último, el art. 31.2, al igual que el art. 13 LUEP o el art. 41 de la Ley 9/1998, del Código de familia (en adelante, CF), solo contemplan dicha compensación para supuestos de ruptura y no de muerte. Los dos primeros argumentos no me parecen suficientes.

No tengo claro que el carácter excluyente del estatuto de las uniones homosexuales (para todas aquellas que carecen de la escritura pública) suponga excluirlas del Derecho y, en concreto, negarles la posibilidad de seguir contando con los recursos que le ofrece el derecho patrimonial, recursos, por otra parte, potencialmente vigentes para el resto de ciudadanos. Así lo ha sugerido la SAP Tarragona, 1ª, 16.7.2007 (RJC 308). En todo caso un par de aclaraciones merecen hacerse, sobre todo al hilo de la paradigmática STS, 1ª, 17.6.2003 (RJ 4605). Una, que procederá examinar si se dan todos los presupuestos del enriquecimiento injusto, lo que en esta clase de relaciones, a la luz del 1901 del Código civil, podría encontrar algún obstáculo (GAVIDIA (2002, pp. 2406 y 2413)). Otra, que la compensación no puede confundirse con la atribución de algún derecho o la participación en el patrimonio del otro conviviente (rectamente STSJ Cataluña, Civil, 9.5.2005 [RJC 1551], y SAP Tarragona, 1ª, 9.1.2006 [RJC 1422]). No obstante el tercer argumento antes esgrimido presenta mayor calado. Nuestro ordenamiento catalán concibe la compensación por dedicación a la familia como una norma estrictamente liquidatoria, que no sucesoria, del régimen de separación de bienes (en vida de los sujetos). La interpretación de toda pretensión delimitada por el mismo fundamento y finalidad, aun al margen de aquellos tres preceptos citados, difícilmente podría escapar a esta concepción de principio. Si no fuera así, se estaría protegiendo más a quien convive fuera del CF o de la LUEP al permitirle una reclamación *mortis causa* de tal compensación. La congruencia con lo que creo actúa a modo de principio, o impide esa reclamación *mortis causa* o, si la permite, debería permitírsela a cónyuges y convivientes (en LUEP) basándola en las mismas normas o principios generales que permanecerían inalterables, pese a las normas especiales, frente a todos. Me parece más defendible lo primero, al menos hasta que llegue a ser ley el actual proyecto del libro segundo del Código civil de Cataluña -en esto merece elogios-, que ya prevé esa reclamación post mortem (arts. 232-5.5 y 234-9.2).

Concluyendo, la sentencia que comento no lo tenía nada difícil. Despachada la invocación de la doctrina del enriquecimiento injustificado por razones procesales, la solución a las pretensiones intestadas de D. Manuel quedaba allanada. Pero la reflexión más profunda a que la sentencia invita no está tanto en lo que resuelve, y en cómo lo resuelve, sino en lo que sugiere, casi a modo de advertencia. Insiste, como he subrayado, en que esa "fácil" solución queda validada y legitimada en su *contexto temporal*. Y es que D. Francisco muere en el año 2000. Y todo habría sido igual de sencillo de morir antes del 2005. Pero a partir de esta fecha, sucesivas reformas en Derecho estatal y catalán vendrán a ofrecer *otro contexto temporal*.

3. La muerte del conviviente en un contexto diferente: los desfases normativos

Que en 1998 la pareja heterosexual contase con la opción matrimonial, negada a la homosexual, justificaba -como ha quedado dicho- la diferencia de estatuto entre una y otra, basada

esencialmente en el rechazo a una voluntad de casarse en la primera, que no podía presumirse en la segunda. Pocas objeciones se han presentado a que la diferencia de alternativas explicase un régimen legal distinto. Lo que, sin embargo, no se justifica tanto es en qué se hace distinto ese régimen, pues muchas de esas distinciones nada tenían que ver con las alternativas diferentes. Olvidó nuestro legislador que una cosa es legislar teniendo presente lo que significa el rechazo a otras posibles opciones de convivencia, y otra es legislar protegiendo un proyecto de convivencia con independencia de lo que se descarta (ya lo critiqué: LLEBARÍA (1998, pp. 57-111)). Pero, con las reformas habidas a partir de 2005, una LUEP en sus inicios defectuosa hoy se ha convertido en obsoleta y desencajada. Si antes teníamos para las parejas de hecho una foto borrosa, hoy lo que tenemos es una foto movida.

3.1. La evolución normativa de los modelos

Desde la óptica de la delimitación normativa, la LUEP edificó -en claro desacierto- las parejas heterosexuales y las homosexuales sobre dos modelos distintos. Para las primeras, lo hizo sobre lo que se ha denominado modelo “convivencial” o “factual”, en el que bastaba, para merecer la tutela legal, la voluntad de los sujetos de embarcarse en un proyecto familiar de convivencia. Para las segundas, se prefirió el modelo “formal”, en el que ya no bastaba con esa voluntad, pues para merecer aquella tutela legal se vino a exigir la voluntad conjunta, expresa y solemne de acogerse a ella. Son muchos los riesgos de proteger solo el modelo “formal”, y voces muy autorizadas ya lo han ido manifestando. Incidiré en un par de ellos.

El modelo “formal” tiende automáticamente a fragmentar la realidad, creando y dispersando nuevas clases de parejas de hecho. Se fomenta una multiformidad, y, entre otras consecuencias, alimenta una confusión que, en ocasiones, aleja la interpretación del auténtico fundamento de la norma. Eso es lo que ha ocurrido con el alcance de la “convivencia marital” como causa de extinción de la pensión compensatoria matrimonial (art. 86.1.d CF), que ha sido entendida como una situación que potencialmente cumpla con los requisitos de convivencia de la LUEP, o como un simple proyecto estable, o bastando, incluso, la mera relación sentimental (véanse STSJ Cataluña, Civil, 4.9.2008 [RJC 1481], SAP Barcelona, 12ª, 25.3.2004 [RJC 987], SAP Girona, 2ª, 14.3.2005 [RJC 1369], y SAP Barcelona, 18ª, 3.5.2007 [RJC 1010]). Otro riesgo es la proliferación de pretendidas lagunas facilitada por un modelo “formal” de exclusión, lagunas intencionales que, vetando el recurso a la analogía (como nuestros tribunales acertadamente han defendido), dejan en evidencia la irracional desnudez jurídica de los modelos excluidos.

Con todo, no deja de sorprender que el modelo “formal” haya sido el preferido por las Comunidades Autónomas en la regulación de las parejas de hecho, posiblemente intoxicadas por un exceso de reglamentismo y por una concepción pagana de la seguridad jurídica, que tiende en convertirla en comodidad jurídica. Así Valencia, Baleares, Madrid, Andalucía, Extremadura, País Vasco, Cantabria, Galicia (que si bien en la Ley 2/2006, de 14 de junio, optó por el modelo “factual”, su reforma por Ley 10/2007, de 28 de junio, lo llevó al “formal”), y Castilla-León (excepcionado si hay descendientes) (en suma: nueve de catorce). Todas ellas van más allá que la LUEP, pues contemplan el modelo “formal” para toda pareja de hecho y no solo para la homosexual.

Volviendo al ámbito de Cataluña, a partir del 2005 se van suceder reformas trascendentales que van a dinamitar el texto y el espíritu de la LUEP. La Ley catalana 3/2005, de 8 de abril, modificaría varias leyes para, entre otros aspectos, permitir la adopción conjunta por parejas estables, heterosexuales u homosexuales. La Ley estatal 13/2005, de 1 de julio, autorizaría el matrimonio homosexual. La Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, ha supuesto un giro importante, pues abandera ya una total equiparación a efectos sucesorios entre los cónyuges y los convivientes de hecho, sean de distinto o del mismo sexo, y no ya solo en la sucesión intestada, sino también en la cuarta vidual, en la desheredación, en los pactos sucesorios, en la sustitución ejemplar, en la designación de heredero por fiduciario, en la ineficacia sobrevenida de disposiciones de última voluntad, en la idoneidad para ser testigo, en la indignidad y en la inhabilidad sucesoria. Extraña, aprovechando la exposición, la falta de equiparación existente en el art. 412-5.1.d (se libera de la inhabilidad el tutor que es cónyuge del causante, no si es conviviente), y en el 431-2.a (se legitima como otorgante del pacto sucesorio al futuro cónyuge, pero no al futuro conviviente). Por último, el proyecto de Ley del libro segundo actualmente en tramitación, apuesta por un extraordinario acercamiento de las parejas de hecho (sin distinción) al matrimonio, y por el modelo "factual" en su delimitación (arts. 234-1 a 234-14).

Reténgase como conclusión más destacable el hecho de que esta evolución encierra un cambio de posicionamiento respecto del que presidió la LUEP. En efecto, si nuestro legislador hubiera permanecido fiel a este último, tras la ley que dota de opción matrimonial a los homosexuales, la coherencia hubiera obligado a "rebajar" el estatuto de la unión estable homosexual para equipararla a la de la heterosexual. ¿Qué se está haciendo? Primero, equiparar la unión estable heterosexual y la homosexual, algo sobre lo que ya no puede existir duda alguna. Segundo, sustituir el modelo "formal" por el "factual", rectificación que también merece aplausos. Tercero, normalizar el régimen de las parejas de hecho incluyéndolas en los libros del Código y abandonando así la legislación especial y "extracodicial", también elogiabile. Y, cuarto, romper con el espíritu de la LUEP para aproximar el contenido civil de las parejas de hecho al matrimonio. Este último es el giro más revolucionario que afronta nuestro legislador, pero debe ser también el que acapare toda crítica ya que, entre otras objeciones, difumina la pluralidad y heterogeneidad de familias social y constitucionalmente sostenible (art. 39 CE), atenta contra la libertad de los sujetos y el contenido negativo del derecho a casarse (art. 32 CE), y descuida el verdadero fundamento y finalidad de determinadas normas e instrumentos según pretendan vincularse a una institución o a la convivencia (más críticas en este sentido: CUENA (2005, p. 1573); MARTÍN CASALS (2005, pp. 351-353); GARCÍA RUBIO (2006, p. 127; y 2007, p. 200); y CABEZUELO (2007, pp. 27-34)). Ni el Preámbulo de la Ley 10/2008 ni la Exposición de Motivos del proyecto de Ley del libro segundo ofrecen una explicación razonable al respecto.

No se puede negar que, una vez permitido el matrimonio entre homosexuales, ciertos presupuestos y objetivos han quedado superados. Pero parece un contrasentido que la adecuación a la nueva realidad jurídica se traduzca en una casi equiparación de la pareja de hecho al status matrimonial. Nuestros Tribunales han dado muestras de cordura en la revelación de lagunas de la LUEP que merecían su integración analógica: la extensión sensata del art. 83 CF

(STSJ Cataluña, Civil, 26.2.2007 [RJC 1501]; SAP Tarragona, 1ª, 14.3.2005 [RJC 1362]; SAP Barcelona, 18ª, 21.2.2006 [RJC 2007 311]; SAP Barcelona, 12ª, 7.9.2006 [RJC 2007\309]; y SAP Tarragona, 1ª, 16.7.2007 [RJC 2008\312], aunque incomprensiblemente se refiera al art. 96 CC), y la aplicación analógica del entonces art. 132 del Código de sucesiones (SAP Barcelona, 16ª, 24.1.2008 [RJC 957]). El legislador está yendo mucho más allá.

3.2. Primer desfase: de 3 de julio de 2005 a 31 de diciembre de 2008

Estas fechas coinciden respectivamente con la entrada en vigor de la Ley que permite el matrimonio entre homosexuales y con el día anterior a la vigencia de la Ley que aprueba el libro de sucesiones en Cataluña. La LUEP permanece vigente tal y como se redactó, salvo en lo que concierne a sus arts. 6 y 31 (derogado el primero y modificado el segundo por la mencionada Ley 3/2005). Y a esta redacción le toca convivir con un presupuesto radicalmente cambiado: los homosexuales ya cuentan con la alternativa matrimonial. La LUEP arroja una discriminación en ambos sentidos. Las uniones heterosexuales siguen careciendo de derechos en la sucesión intestada, por más que su unión conste en escritura pública. Por el contrario, las uniones homosexuales que no figuran en escritura pública, no pueden optar al régimen dispuesto en la LUEP aunque acrediten una convivencia superior a dos años o una descendencia común.

a. La discriminación para la unión heterosexual en la negación sucesoria

Los arts. 34 y 35 LUEP quedan en este contexto temporal sin justificación alguna. Al menos, sin justificación de que sigan siendo aplicables a las uniones homosexuales e inaplicables a las heterosexuales cuando ambas tienen ya la opción de casarse. Si la solución a esta discriminación pasa por respetar el espíritu y fundamento que impulsó la LUEP en 1998, lo lógico sería privar de los efectos sucesorios previstos en sus arts. 34 y 35 a la unión homosexual, pues no se le reconocieron a la heterosexual precisamente por contar con la alternativa matrimonial (alternativa que ya tiene la homosexual). Pero esta lógica deviene frágil. Primero porque es dudoso que la analogía pueda servir para suprimir derechos ya reconocidos, y, segundo, porque no parece correcto revisar la vigencia de los arts. 34 y 35 LUEP aferrándose al espíritu de 1998, cuando, el cambio que provoca esa inadaptación y consecuente revisión está provocando también un cambio en aquel espíritu originario. Tanto el libro cuarto como el futuro libro segundo del Código civil de Cataluña no se orientan por un status a la baja sino al alza de los derechos reconocidos a los convivientes. La discriminación debería superarse en sentido positivo, esto es otorgando los derechos recogidos en esos arts. 34 y 35 también a la unión heterosexual.

No niego que esta interpretación devuelve a la LUEP lo que, en mi opinión, nunca debió salir de ella: el reconocimiento de derechos intestados a todo conviviente, por razón de la convivencia y no por las diferentes alternativas que pudiera tener encauzar esa convivencia. Tanto el fundamento de la sucesión intestada como el respeto al art. 33 CE recomiendan que el legislador no se distancie en el orden de llamamientos de lo que hubiera expresado hipotéticamente la voluntad del causante medio, y esto tiene que ver mucho con los afectos y sentimientos subyacentes en todo proyecto de convivencia familiar, y muy poco o nada con la elección de uno

u otro modelo (en general a esta conclusión se suman, a los que cité en LLEBARÍA (1998, p. 105, n. 57), MESA (2000, p. 296), y EGEA (2005, p. 397)).

b. La discriminación para la unión homosexual excluida

La extensión de los arts. 34 y 35 a las uniones heterosexuales no despeja todo asomo de discriminación. Un vacío normativo consciente en 1998 queda ahora sin justificación. Si los homosexuales ya pueden casarse en igualdad de condiciones que los heterosexuales, ¿por qué la LUEP debe seguir ignorando a la unión homosexual que, sin escritura pública, cuenta con esa estabilidad de más de dos años o con descendencia común? *A fortiori* (aquí sí) la LUEP aceptó estas dos vías de inclusión para una pareja (la heterosexual) que contaba con la alternativa del matrimonio, situación a la que ha quedado equiparada la homosexual tras la Ley 13/2005. No hay razón que justifique mantener expulsada de la LUEP a la unión homosexual no formalizada en escritura pública, siempre que acredite cualquiera de las otras dos vías. Para ello se impone interpretar el art. 21 LUEP como forma *ad probationem* y extender su art. 1 a las uniones homosexuales. La insistencia en el rigor literal de la LUEP discriminaría y vulneraría el art. 14 CE.

Podría oponerse a lo anterior que una interpretación como la que se propone pecaría de intervencionista y atentaría contra la voluntad de los interesados. Los convivientes homosexuales podían escapar a la LUEP: bastaba con no otorgar la escritura pública ad hoc. ¿Hasta qué punto a unos convivientes que deciden rechazar la LUEP se les puede luego aplicar mediante una interpretación correctora o aplicación analógica sin que la letra de la ley se haya modificado por obra del legislador? ¿No sería irrespetuosa tal exégesis con una voluntad formada precisamente al amparo de las posibilidades que el legislador diseña? No creo que estas objeciones sean capaces de mitigar la conclusión defendida. En este terreno, si bien es cierto que muchas voluntades pueden llegar a inferirse, solemos los juristas dogmatizar cuando de la deducción pasamos a la presunción, al facilitarnos ésta una generalización y estandarización que nutre ese discurso que pretendemos tan aferrado a la libertad y autonomía de los sujetos. Para empezar considero que la voluntad no es aquí estática, sino que va variando en función de que varíen las alternativas a las que voluntariamente se puede optar. Es decir, que a la voluntad entre 1998 y 2005 de no otorgar escritura pública podía atribuírsele un sentido determinado, pero una vez esa voluntad de los convivientes homosexuales cuenta a partir de julio del 2005 con la alternativa matrimonial, difícilmente puede el Derecho imprimir a esa voluntad ámbitos de libertad distintos a los dispuestos para la convivencia heterosexual, una vez equiparadas las alternativas. Además la eficacia de un modelo tuitivo (me refiero al de esta última unión) no consiste tanto en valorar la voluntad de aceptarlo o rechazarlo a priori, sino que se hace descansar en la voluntad de querer entrar en el supuesto de hecho que el modelo prevé. Y si el modelo se tacha de intervencionista para la unión heterosexual, no veo razón para que ese intervencionismo esté presente también en la homosexual cuando sus opciones de convivencia ya no presentan diferencias.

Por otra parte no puede olvidarse que, de defender la aplicación literal de la LUEP sin interpretación correctora alguna a las uniones homosexuales, la discriminación no solo se dispara contra ellas, sino también contra las heterosexuales. ¿Por qué tendrían ahora que soportar éstas la

inclusión forzosa en la LUEP, sin contar con la posibilidad de quedar al margen aunque tuvieran descendencia común o una duración superior a los dos años?

3.3. Segundo desfase: de 1 de enero de 2009 a la entrada en vigor del proyectado libro segundo

En la fecha señalada entra en vigor el libro cuarto relativo a las sucesiones y, como se ha expuesto, presenta como novedad característica la equiparación sucesoria entre cónyuges y convivientes de hecho, incluso más allá de la sucesión intestada (motivo por el cual se derogan los arts. 34 y 35 LUEP). Podría pensarse que, en este contexto, las discriminaciones producto del *impasse* legislativo quedan definitivamente sepultadas. Mas no es así. La equiparación que se patrocina desde el libro cuarto entre convivientes heterosexuales y homosexuales continúa discriminando. Y lo hace porque al legislador no se le ha ocurrido (o no ha querido, que es peor) modificar los arts. 19 y 21 LUEP. La consecuencia es que, bajo la letra de las leyes actualmente en vigor, persiste una discriminación. Es la misma que trae causa del desfase anterior: partiendo de la LUEP, la equiparación sucesoria del libro cuarto se produce entre la unión heterosexual reconocida a través de cualquiera de las tres vías de acceso (duración convivencia, descendencia común o escritura pública), y entre la unión homosexual, que solo será la formalizada en escritura pública. Literalmente carece de todos esos efectos sucesorios la unión homosexual sin formalizar, con independencia de que tenga descendencia común o de la duración de la convivencia.

La solución se adivinará, pues ya ha sido defendida en el epígrafe anterior: debe evitarse esa injustificada discriminación mediante la interpretación correctora de los arts. 1, 19 y 21 LUEP. Lo proyectado para el libro segundo refuerza que esa es la intención del legislador, por más que haya sido reticente u olvidadizo a expresarla cuando debía, evitando así derivar el problema al conflicto e interpretación judicial. Comprendo que más de un juez esté deseando que ningún conviviente heterosexual fallezca intestado entre el 3 de julio de 2005 y el 31 de diciembre de 2008, y que ningún conviviente homosexual lo haga, sin escritura pública de la unión, a partir del 3 de julio de 2005. O, si fallece, que el asunto no caiga en su juzgado.

4. Recapitulación

La sentencia objeto de comentario no es novedosa ni sugerente por lo que resuelve. Pero invita a una reflexión ineludible, reflexión que se avivará conforme nos encontremos con fallecimientos de convivientes homosexuales intestados cercanos y posteriores al 2005. Con el paso de los años reafirmo mi valoración inicial: la LUEP acertó en ser sensible ante las distintas opciones que los convivientes tenían en 1998 por razón de sexo, pero se confundió a la hora de trazar las consecuencias que el ejercicio de una opción no matrimonial podía desencadenar. Sin entrar en el detalle, hay dos cuestiones -muy enlazadas- que se han revelado desacertadas. La primera, no apostar íntegramente por un modelo "factual", mucho menos disonante que cualquier otro, siempre que el fundamento de la norma sea exquisitamente tuitivo (protección de la parte débil o

necesitada) (así GARCÍA RUBIO (2007a, pp. 127 y 128)). La segunda, sesgar la convivencia homosexual dejando fuera de cualquier atención a aquella que no se formaliza en escritura pública. Sin embargo, no acaban aquí las críticas que, a mi juicio, merece la actividad de nuestro legislador.

Las reformas, estatales y catalanas, sucedidas a partir del 2005, han dejado el texto de la LUEP en la más absoluta decadencia. Ya no encaja con lo que tendría que encajar, y arroja no pocas discriminaciones si se pretende aplicar como se lee. No se entiende que tal sinrazón no haya sido enmendada por el legislador, máxime cuando se ha atrevido a rectificar cuando lo ha creído oportuno: en abril de 2005 y en julio de 2008. Poco convence que haya que esperar, por respeto a los ámbitos formales, a la publicación del libro segundo para asistir a una configuración de las parejas de hecho acomodada al resto del ordenamiento. No creo que haga falta recordar que el libro cuarto se atrevió a derogar los arts. 34 y 35 LUEP (disposición derogatoria b), y a modificar el CF (disposición final tercera), buenas muestras de que la materia familiar no le debía resultar extraña ni intocable. Tampoco puede argumentarse que el modelo futuro de parejas de hecho fuera incierto en la mente del legislador. Además de que la excusa sería peregrina para corregir la discriminación destapada, lo que ha previsto el legislador para las parejas de hecho en el libro cuarto va en estrecha consonancia con lo que se propone hacer en el libro segundo.

Y esto último da pie a la crítica con la que ya termino. Nuestro Derecho (catalán) avanza hacia la completa y razonable equiparación entre parejas heterosexuales y homosexuales, pero hacia la desaconsejable (casi) equiparación entre éstas y el matrimonio. La matrimonialización de las parejas de hecho, ni es necesaria para protegerlas en lo que necesitan en sintonía con el ejercicio de su libertad, ni es acorde con la diversa realidad social. De la misma manera que siempre me he opuesto a ese tópico según el cual quien no quiere casarse es porque rechaza todo el contenido y efectos asociados a la convivencia matrimonial (las razones para vivir sin casarse siguen siendo muy variadas: CEA (2007, pp. 42-45 y 55)), hay que oponerse a la creencia de que quienes no se casan buscan y necesitan un matrimonio de segunda clase.

5. Bibliografía

Ana Laura CABEZUELO ARENAS (2007), "Matrimonio y parejas de hecho. ¿Es necesaria una reforma del sistema matrimonial español? A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos", *Derecho Privado y Constitución*, nº 21, Enero-Diciembre 2007, pp. 9-62.

María Ángeles CEA D'ANCONA (2007), *La deriva del cambio familiar. Hacia formas de convivencia más abiertas y democráticas*, Centro de Investigaciones Sociológicas (nº 241), Madrid.

Matilde CUENA CASAS (2005), "Uniones de hecho y abuso de Derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio", *La Ley*, 2005-2, pp. 1571-1584.

Joan EGEA FERNÀNDEZ (2005), "La Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella: balanç de la seva aplicació judicial", en Àrea de Dret Civil (Coordinación), *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Universitat de Girona, Girona, pp. 359-403.

María Paz GARCÍA RUBIO (2007a), "Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, 2006, Derecho, Sociedad y familia: cambio y continuidad, Madrid, pp. 113-137.

--- (2007b), "Las parejas de hecho en el Derecho civil gallego o como la corrección política da palos de ciego", *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Volumen 16, nº 1, pp. 187-208.

Martín GARRIDO MELERO (1999), *Derecho de familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*, Marcial Pons, Madrid.

Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ (2002), "Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales [La unión libre en la jurisprudencia (y II)]", *Aranzadi Civil*, 2002-I, pp. 2355-2418.

Miquel MARTÍN CASALS (2000), "Comentari article 21 LUEP", en Joan EGEA I FERNÀNDEZ y Josep FERRER I RIBA (Directors), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, pp. 1219-1220.

--- (2005), "La regulació de la parella de fet: lleis i models", en Àrea de Dret Civil (Coordinación), *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Universitat de Girona, Girona, pp. 335-358.

Carolina MESA MARRERO (2000), *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*", 2ª edición, Aranzadi, Elcano.

Sergio LLEBARÍA SAMPER (1998), "Glosa crítica a esta (nuestra) nueva ley de uniones estables de pareja", *La Notaría*, Octubre 1998, nº 10, pp. 57-111.

6. *Tabla de sentencias citadas*

<i>Tribunal, sala y fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, 17.6.2003	RJ 4605	Corbal Fernández
STSJ Cataluña, Civil, 9.5.2005	RJC 1551	Ramos Rubio
STSJ Cataluña, Civil, 26.2.2007	RJC 1501	Bassols i Muntada
STSJ Cataluña, Civil, 4.9.2008	RJC 1481	Alegret Burgués
SAP Barcelona, 1ª, 2.2.2004	JUR 81387	Domingo Loren
SAP Barcelona, 12ª, 25.3.2004	RJC 987	López-Carrasco Morales
SAP Girona, Civil 2ª, 14.3.2005	RJC 1369	Fernández Font
SAP Tarragona, 1ª, 14.3.2005	RJC 1362	Aguilar Vallino
SAP Tarragona, 1ª, 9.1.2006	RJC 1422	Carril Pan
AAP Barcelona, 13ª, 6.3.2006	AC 1550	Cremades Morant
SAP Barcelona, 18ª, 21.2.2006	RJC 2007/311	Viñas Maestre
SAP Barcelona, 12ª, 7.9.2006	RJC 2007\309	Pascual Ortuño
SAP Barcelona, 11ª, 29.3.2007	AC 1071	Francisco Herrando Millán
SAP Tarragona, 1ª, 16.7.2007	RJC 308	Nasarre Aznar
SAP Tarragona, 1ª, 16.7.2007	RJC 2008/312	Portugal Sainz
SAP Barcelona, 18ª, 3.5.2007	RJC 1010	Anglada Fors
SAP Barcelona, 14ª, 22.1.2008	RJC 959	Font Marquina
SAP Barcelona, 16ª, 24.1.2008	RJC 957	Zapata Camacho