

# UNIONES CIVILES Y RELACIÓN LABORAL EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

PAOLO PIZZUTI

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Molise (Italia)

**EXTRACTO**      **Palabras Clave:** uniones civiles; matrimonio; relación laboral

Con la entrada en vigor de la ley n.º 76 de 20 de mayo de 2016, (la llamada ley Cirinnà) se introdujo en el sistema italiano el instituto de las uniones civiles, un modelo jurídico similar pero distinto del matrimonio, con el que se regulan los vínculos homoafectivos. La finalidad del presente trabajo es analizar el impacto de las nuevas reglas en la situación de los trabajadores por cuenta ajena, con especial atención a los efectos derivados de la extensión, a las parejas unidas civilmente, de los derechos ya reconocidos a los cónyuges unidos en matrimonio.

**ABSTRACT**      **Key Words:** same sex couple; marriage; work relationship

With the entry into force of the law of 20 May 2016, n. 76, the Legislator introduces into the Italian system the institution of civil unions, a legal model similar but distinct from marriage, with which homoaffective ties are regulated. The paper aims to analyze the impact of the new rules, with particular regard to the “effects” of labor law deriving from the extension to the civilly unity couples of the rights already recognized to the spouses unity in marriage.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. FAMILIA TRADICIONAL Y CONSTITUCIÓN ITALIANA
2. EL CEDH Y LA CARTA DE NIZA
3. EL EXCURSUS LEGISLATIVO DE LAS UNIONES CIVILES
4. LOS EFECTOS DE LA LEY N.º 76/2016 EN LA RELACIÓN LABORAL: ASPECTOS GENERALES
  - 4.1. Indemnización de preaviso y liquidación por extinción de la relación laboral (finiquito) en caso de muerte del beneficiario
  - 4.2. La cláusula general de equivalencia
5. ALGUNOS ASPECTOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

## 1. INTRODUCCIÓN. FAMILIA TRADICIONAL Y CONSTITUCIÓN ITALIANA

La ley n.º 76 de 20 de mayo de 2016, (la llamada ley Cirinnà), que entró en vigor el 5 de junio de 2016, introdujo en el ordenamiento italiano las uniones civiles y reguló las parejas de hecho, llevando a cabo una reforma radical del derecho de familia basado tradicionalmente en el monopolio jurídico del matrimonio<sup>1</sup>.

El art. 29 de la Constitución italiana define la familia “*como sociedad natural fundada en el matrimonio*” (ap. 1) y establece “*la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos en la ley como garantía de la unidad familiar*” (ap. 2)<sup>2</sup>. Como se sabe, dicha norma fue fruto de un largo y controvertido debate entre católicos y laicos en el seno de la Asamblea Constituyente: los primeros deseaban introducir en la Carta el carácter de la indisolubilidad del vínculo matrimonial<sup>3</sup>, mientras que los segundos eran reacios a introducir la familia y su definición en la Constitución. Superadas las divergencias, los constituyentes calificaron la familia como sociedad natural, reconociéndole una autonomía originaria respecto al Estado. En el pensamiento tradicional de los juristas, la familia ha sido considerada como una forma primaria de sociedad, nacida con el fin de

<sup>1</sup> Auletta, T., “Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)”, *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2016, p. 367 y ss.; Buffone, G., Gattuso, M. y Winkler, M.M., *Unione civile e convivenza*, Giuffrè, Milano, 2017; Bona, C., “La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016, n. 76”, *Foro Italiano*, 2016, p. 2091; Magnani, M., “La famiglia nel diritto del lavoro”, *WP C.S.D.L.E. “MASSIMO D’ANTONA”*. IT 146/2012; Passalacqua, P., “Profili lavoristici della L. n. 76 del 2016 su unioni civili e convivenze di fatto”, *WP C.S.D.L.E. “MASSIMO D’ANTONA”*. IT 320/2017, p. 15 y ss.; y Schlesinger P., “La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze”, *Famiglia e Diritto*, 2016, p. 845 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. Bin, R., “La famiglia: alla radice di un ossimoro”, *Lavoro e Diritto*, 2001, p. 9 y ss.; Barcellona, P., “voce Famiglia”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 779 y ss.; Bessone, M., *Rapporti etico-sociali*, en AA. VV., *Commentario della Costituzione* (Branca, G., Coord.), Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 1 y ss.

<sup>3</sup> Dal Canto, F., “Le coppie omosessuali davanti alla Corte Costituzionale: dalla aspirazione al matrimonio al diritto alla convivenza”, *Rivista AIC* 4/2010, p. 9 y ss.

satisfacer las necesidades fundamentales de la persona y constituir la base de la más amplia comunidad civil<sup>4</sup>.

Sin embargo, inmediatamente se evidenció la incongruencia del primer apartado del art. 29 de la Const.<sup>5</sup>, puesto que la idea de una sociedad natural difícilmente se conjuga con el matrimonio, instituto de derecho positivo. Los dos componentes esenciales de la disposición constitucional – sociedad natural y matrimonio – constituyen claramente un oxímoron<sup>6</sup>, aunque en aquella época era difícil pensar en un modelo “natural” de familia alternativo respecto al derivado del matrimonio civil<sup>7</sup>. Por el contrario, la preocupación principal fue la de definir, como antítesis al reciente pasado fascista, la autonomía originaria de la familia matrimonial respecto a los poderes públicos del Estado y el legislador ordinario.

Por otra parte, el término “*natural*”, asociado al de familia, no asumía para la mayoría de los Constituyentes ninguna connotación de carácter iusnaturalista, sino que más bien se quería subrayar una exigencia de “*racionalidad*”, es decir, responder a una necesidad primaria de la persona. En particular, el debate en la doctrina italiana sobre el concepto de “*naturalidad*” de la familia se dividía entre una orientación de carácter iusnaturalista y otra de tipo historicista.

Según la primera corriente<sup>8</sup>, la naturalidad significaba “*inmanencia*” y “*pre-existencia*” de la familia y, por tanto, la imposibilidad de someterla a la intervención del legislador según las instancias sociales. Según esta idea, el modelo familiar y las relaciones instauradas entre los cónyuges se consideraban como constantes basadas necesariamente en la tradición.

Para los historicistas<sup>9</sup>, por el contrario, la “*naturalidad*” hacía referencia a un modelo de familia en constante evolución, asociado necesariamente a un determinado contexto histórico-social<sup>10</sup>. Desde esta perspectiva, la familia asume

<sup>4</sup> Sesta, M., “La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile 2/2017, p. 567 y ss.

<sup>5</sup> Bessone, M., op. cit., p. 1 y ss.; Caggia, F. - Zoppini, A., “Sub art. 29 Cost. ”, en AA. VV., *Commentario alla Costituzione* (Bifulco, R., Celotto, A. y Olivetti, M., Coord.), vol. I, Torino, Utet, 2006, p. 601 y ss.; así como, más reciente, Veronesi, P., “Costituzione, ‘strane famiglie’ e ‘nuovi matrimoni’”, Quaderni Costituzionali, 2008, p. 577 y ss.

<sup>6</sup> Bin, R., “La famiglia: alla radice di un ossimoro”, Studium Iuris, 2002, p. 1066 y ss.; Id., “Per una lettura non svalutativa dell’art. 29”, en Bin, R.; Guazzarotti, A.; Brunelli, G.; Pugiotto, A.; Veronesi, P., *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 47.

<sup>7</sup> Pisapia, D., “voce Famiglia – Diritto Privato”, Nuovo Digesto Italiano, vol. VII, Utet, Torino, 1965, p. 48 y ss.

<sup>8</sup> Sobre el enfoque iusnaturalista cfr. Bessone, M., op. cit., p. 12 y ss.

<sup>9</sup> Sandulli, A.M., “Sub art. 29”, en AA. VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia* (Cian, G. - Oppo, G. - Trabucchi, A., Dir.), vol. I, Cedam, Padova, 1992, p. 7 y ss.; Barcellona, P., op. cit., 780 y ss.; Bessone, M., op. cit., p. 47 y ss.

<sup>10</sup> Rescigno, P., *Matrimonio e famiglia. Cinquant’anni di diritto e famiglia*, Giappichelli, Torino, 2000, p. XIX. También para Bianca, C. M., *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 14: “la fórmula constitucional ha sido criticada porque esta aludiría a una noción iusnaturalista de la familia, que en realidad es un fenómeno mutable e históricamente condicionado”.

el sentido de una comunidad de vida que nace espontáneamente y que no puede predeterminarse abstractamente<sup>11</sup>, mientras que el propio instituto matrimonial adquiere contornos más difuminados, modelados por la historia, la cultura y los valores de los pueblos<sup>12</sup>. Por tanto, de ello se deduce que la Constitución italiana habría establecido una norma en blanco, asumiendo “*la familia que ofrece la realidad social*”<sup>13</sup>, es decir, en función del estado de la evolución de las relaciones familiares en la sociedad civil<sup>14</sup>.

En una posición intermedia respecto a las teorías citadas anteriormente se sitúa, por último, una tercera tesis – acogida por el Tribunal Constitucional italiano – la cual, aunque no niega la relatividad ni la historicidad de la noción constitucional de familia, postula la existencia de un “*núcleo duro*” de la misma del que el legislador ordinario no podría disponer libremente. Y dicho contenido mínimo esencial, definible a través del recurso al arraigo en el tejido social y la tradición, incluiría precisamente el elemento de la diversidad de sexo entre los cónyuges<sup>15</sup>.

## 2. EL CEDH Y LA CARTA DE NIZA

La evolución del concepto jurídico de familia en el ordenamiento italiano ha sufrido la influencia de las fuentes normativas supranacionales que vinculan a Italia, en particular, las que operan en ámbito europeo.

Un papel fundamental lo ha desempeñado el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 en el contexto del Consejo de Europa. Entre los principios fundamentales contenidos en el CEDH, los concernientes a la familia tutelan el derecho a la vida privada (art. 8) y el derecho al matrimonio (art. 12) y establecen la prohibición de cualquier discriminación (art. 14).

Por lo que se refiere a la vida privada y familiar, el art. 8 indica que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y*

<sup>11</sup> Rescigno, P., op. cit., p. XIX.

<sup>12</sup> Ferrando, G., “Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore”, Responsabilità Civile e Previdenza, 2008, p. 2344 y ss.

<sup>13</sup> Finocchiaro, G., “Del Matrimonio. Art. 79-83”, en AA. VV., *Commentario del codice civile* (Scialoja, A.-Branca, G., Coord.), vol. II, Zanichelli, Bologna-Roma, 1971, p. 26

<sup>14</sup> Mancini, T., “Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell’art. 29 Cost.”, Rivista di Diritto Civile, 1963, p. 223 y ss.

<sup>15</sup> Cfr., entre otros, Busnelli, F., “La famiglia e l’arcipelago familiare”, Rivista di Diritto Civile, 2002, espec. p. 520; Ruggeri, A., “Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione”, Quaderni Costituzionali, 2007, p. 751 y ss.; Tondi Della Mura, V., “La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi”, Quaderni Costituzionali, 2008, p. 101 y ss.; y Dal Canto, F., “Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana”, Foro Italiano, 2005, p. 275 y ss.

de su correspondencia”, sin ninguna injerencia por parte de la autoridad pública<sup>16</sup>. La amplitud de contenido atribuible a la noción de “*vida privada y familiar*” ha hecho posible, gracias a la contribución interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se puedan englobar en el concepto de vida familiar citado anteriormente también a las parejas homosexuales. Después de una fase inicial de incertidumbre sobre el reconocimiento de la igualdad de derechos para las parejas del mismo sexo –debida más bien a las diferencias profundas de enfoque de los distintos ordenamientos nacionales de los Estados miembros– los jueces de Estrasburgo han empezado a admitir importantes aperturas. Así, a partir de la famosa sentencia de 24 de junio de 2010, *Shalk y Kopf c. Austria*<sup>17</sup>, el Tribunal ha englobado en la definición de vida familiar del art. 8 del CEDH las relaciones estables y duraderas entre dos personas del mismo sexo, al igual que se incluye la relación de una pareja heterosexual.

Concretamente, la cuestión surgió a partir del recurso de dos ciudadanos austriacos, cuya petición de matrimonio fue rechazada por las autoridades nacionales puesto que el código civil austriaco reservaba<sup>18</sup> expresamente el matrimonio a personas de sexo opuesto. Y bien, el Tribunal ha considerado que el art. 12 del CEDH, combinado con lo dispuesto en el citado art. 8, debe interpretarse en el sentido de que el derecho a contraer matrimonio puede reconocerse no solo a las parejas heterosexuales, sino también a las homosexuales. Así es, para los jueces de Estrasburgo, la referencia literal a “*hombre*” y “*mujer*” indica los sujetos titulares del derecho a contraer matrimonio (el derecho debe reconocerse a todo hombre y a toda mujer), sin limitar la facultad de elegir libremente a la pareja de

<sup>16</sup> Zencovich, V. Z., “Art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare”, en AA. VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (Bartole, S., Conforti, B., Raimondi, G., Coord.), Cedam, Padova, 2001, pp. 307-317. Para un encuadramiento de la noción de “vida familiar” en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo véase Biondi, F., “L'unità familiare nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee (in tema di ricongiungimento familiare e di espulsione degli stranieri extracomunitari)”, en AA. VV., *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana, Avvicinamenti, dialoghi, dissonanze* (Zanon, N., Coord.), Esi, Napoli, 2006, pp. 63-98; y Tonolo, S., *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2007, espec. pp. 38 y 56.

<sup>17</sup> Trib. EDH, 24 de junio de 2010, rec. n.º 30141/04, *Shalk e Kopf c. Austria*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata I/2010, p. 1137 y ss., con nota de Winkler, M., “Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo”. En la doctrina, véanse Conte, R., “Profili costituzionali del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali alla luce di una pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'uomo”, *Corriere Giurico* 4/2011, p. 573 y ss.; Meli, M., “Il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali”, *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* II/2012, p. 451 y ss.; Ragni, C., “La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso *Schalk e Kopf*”, *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2011, p. 639. En el mismo sentido, pero un poco anterior, v. Trib. EDH, 2 de marzo de 2010, rec. n.º 13102/02, *Kozak c. Polonia*, *Famiglia e Diritto*, 2010, p. 874 y ss., con nota de Danisi, C., “Successione nel contratto di affitto: quale protezione per la famiglia tradizionale dopo il caso *Kozak c. Polonia* alla Corte di Strasburgo?”; y Id., “*Kozak c. Polonia*: difesa della famiglia e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale”, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 14 de marzo de 2010.

<sup>18</sup> A partir del 1 de enero de 2019 el matrimonio se ha extendido también a las parejas homosexuales.

uno u otro sexo: por tanto, el derecho en cuestión debe extenderse también a los miembros de una pareja formada por personas del mismo sexo. Pero al mismo tiempo, el Tribunal ha establecido que no constituye una violación del art. 12 por parte de un Estado miembro la no extensión del acceso al matrimonio a las parejas constituidas por individuos del mismo sexo. Y ello porque se trata de un instituto jurídico relacionado con las raíces históricas y culturales de cada sociedad, respecto al cual no puede considerarse que exista una unívoca tendencia en los ordenamientos internos de los distintos Estados.

Por tanto, no obstante dichas aperturas, el Tribunal ha confirmado que la elección del método de tutela de la familia homosexual queda a la discrecionalidad de los distintos Estados, que son libres de no recurrir al instituto matrimonial sin que ello suponga una violación de la prohibición de discriminación establecida en el art. 14 del CEDH.

Los principios expresados por el Tribunal de Estrasburgo no han tenido consecuencias inmediatas en todos los países que han ratificado el Convenio: entre los sujetos que han recibido críticas por parte del Tribunal EDH está también Italia, que durante mucho tiempo ha omitido adoptar una normativa dirigida al reconocimiento y la protección de las uniones entre personas del mismo sexo<sup>19</sup>.

El caso específico es el de *Oliari y otros c. Italia*, originado por dos recursos presentados por tres parejas con identidad de género, que aducían la violación de los arts. 8, 12 y 14 del CEDH porque el encargado del Registro Civil de los respectivos Ayuntamientos se había negado a publicar los edictos matrimoniales. El Tribunal se ha basado en el análisis del art. 8 del CEDH, recordando que dicha norma, dirigida a proteger a los individuos de las injerencias arbitrarias del Estado en su vida privada y familiar, puede también imponer a este último la adopción de medidas positivas para garantizar el respeto efectivo de sus derechos<sup>20</sup>. Según los jueces de Estrasburgo, del Convenio se deriva la obligación a cargo de los Estados miembros de prever medidas que garanticen el respeto de la doble dimensión de vida enucleada en el art. 8, es decir, la privada y la familiar<sup>21</sup>. Al aplicar estas medidas, el Estado goza de un cierto margen de apreciación, pero, según la jurisprudencia del Tribunal, cuando se trata de aspectos especialmente importantes de la vida privada, dicho margen puede estar sujeto a restricciones.

La sentencia *Oliari*, aludiendo a la jurisprudencia sobre los derechos de las parejas *same sex* (destacando de todas ellas, obviamente, la citada *Schalk and Kopf*), ha reafirmado que las parejas formadas por personas del mismo sexo tienen la

<sup>19</sup> Trib. EDH, 21 de junio de 2015, rec. n.º 18766/11 y 36030/11, *Oliari e altri c. Italia*, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata II/2015, p. 575 y ss., con nota de Lenti, L., "Prime note in margine al caso Oliari c. Italia".

<sup>20</sup> Cfr. el pár. 159 de la sentencia.

<sup>21</sup> Danisi, C., "Il diritto al rispetto della vita familiare impone l'obbligo di riconoscere giuridicamente la relazione tra due persone dello stesso sesso", ARTICOLO29.IT, 21 luglio 2015.

misma capacidad para crear una relación estable y tienen la misma necesidad de reconocimiento y protección de su unión respecto a las formadas por personas de distinto sexo. En la decisión objeto de examen, el Tribunal de Estrasburgo ha destacado además que en Italia, el Tribunal Constitucional<sup>22</sup> y el de Casación<sup>23</sup> han invocado repetidamente el reconocimiento y la tutela de las parejas homosexuales, haciendo así aún más evidente la inercia del Parlamento nacional en esta materia<sup>24</sup>.

Los principios y los valores garantizados en el CEDH y reforzados por el Tribunal de Estrasburgo asumen un alcance de una amplitud y pregnancia aún mayor para el ordenamiento italiano gracias a su sustancial transposición en el ordenamiento comunitario. Ante todo, debe citarse la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Consejo Europeo en Niza, el 11 de diciembre de 2000 (la llamada “Carta de Niza”), que demuestra una especial atención a los temas de la igualdad y la dignidad humana en sentido antidiscriminatorio<sup>25</sup>. En particular, el art. 9 de la Carta establece una distinción entre el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, como si no se tratase de una única y consecencial situación subjetiva sino de dos derechos autónomos, evitando así especificar la diferencia de sexo de los contrayentes<sup>26</sup>. Tampoco el Parlamento Europeo ha mantenido una línea conservadora a la hora de asegurar el respeto y la tutela de la unidad familiar, como núcleo originario de cada ordenamiento social, sino que ha ido adoptado gradualmente posiciones progresistas, intentando ampliar el concepto de familia a través de la reelaboración de las nociones de matrimonio y cónyuge. Por ejemplo, en una resolución

<sup>22</sup> Corte Cost. n. 170, 11 de junio de 2014, Foro Italiano 10/2014, c. 2675; también Corte Cost. n. 138, 15 de abril de 2010, Foro Italiano, 2010, c. 1367, con nota de Romboli, R., “Per la Corte costituzionale le copie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio.”

<sup>23</sup> Cass. n. 8097, 21 de abril de 2015, Guida al Diritto 21/2015, p. 52 y ss., con nota de Finocchiaro, G., “Un’evidente discrasia tra motivazione e dispositivo”; Cass. n. 2400, 9 de febrero de 2015, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata I/2015, p. 654 y ss., con nota de Auletta, T., “Ammissibilità nell’ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso”; Cass. n. 4184, 15 de marzo de 2012, *ivi*, II/2012, p. 461 y ss., con nota de Bergamini, E., “Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all’estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana”.

<sup>24</sup> La sentencia pasó a ser firme en derecho el 21 de octubre puesto que Italia decidió no presentar recurso ante la Gran Sala del TEDH.

<sup>25</sup> Como emerge del art. 21 de la Carta (“*No discriminación*”): “1. *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.* 2. *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.*”

<sup>26</sup> El derecho a contraer matrimonio se reconoce en la Carta de Niza “*según las leyes nacionales que regulen su ejercicio*”. En las Explicaciones que acompañan el texto se establece que el art. 9 “*no prohíbe ni impone la concesión de un status matrimonial entre personas del mismo sexo*”. Y ello sin perjuicio de que “*cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades*” (art. 52).

de 2000 que tenía por objeto el informe anual sobre los derechos humanos en la Unión Europea<sup>27</sup>, el Parlamento, aunque observa un progresivo acercamiento entre los Estados miembros en el reconocimiento de las parejas fuera del matrimonio, independientemente del sexo, ha destacado la necesidad de continuar por el camino de la equiparación de los derechos de las parejas homosexuales y, para ello, ha invitado a aquellos Estados miembros que aún no hayan previsto dicho reconocimiento a modificar sus legislaciones<sup>28</sup>.

### 3. EL EXCURSUS LEGISLATIVO DE LAS UNIONES CIVILES

En el marco de la evolución del concepto de “familia”, entre fuentes internas y vínculos internacionales, se sitúa la intervención normativa del legislador italiano realizada con la ley n.º 76/2016<sup>29</sup>. El proceso que ha llevado a la emanación de la ley no ha sido nada fácil: las nociones tradicionales de familia y matrimonio, arraigadas en el tejido social y basadas en la diversidad de sexo entre los cónyuges llevaron a una resistencia inicial, de tipo ideológico, a reconocer una tutela específica a favor de las parejas del mismo sexo. Sin embargo, ha prevalecido la necesidad de interpretar los conceptos en cuestión no ya como constantes predeterminadas abstractamente, sino más bien como institutos modelados por la evolución histórico-social. Desde esta perspectiva, la familia ha sido considerada como una entidad en transformación, que nace espontáneamente en la realidad social que la modela, reflejando los cambios de las relaciones personales a lo largo del tiempo. Dichas mutaciones han sido acogidas sobre todo por el Tribunal Constitucional, que ha contribuido a una interpretación evolutiva del ordenamiento italiano, instando al legislador ordinario a introducir una normativa específica destinada a las uniones homoafectivas.

En particular, el Tribunal Constitucional se expresó por primera vez sobre la admisibilidad en nuestro ordenamiento del matrimonio entre personas del mismo sexo con la sentencia n.º 138 de 2010<sup>30</sup>. El Tribunal tenía que decidir sobre la legitimidad constitucional de los arts. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-*bis*, y 156-*bis*

<sup>27</sup> En D.O.U.E. de 29 de diciembre de 2000.

<sup>28</sup> En 2001 Los Países Bajos fueron el primer país comunitario en extender el instituto del matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo.

<sup>29</sup> Iorio, G., “Il disegno di legge sulle ‘unioni civili’ e sulle ‘convivenze di fatto’: appunti e proposte sui lavori in corso”, *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2015, p. 1014 y ss. y Romeo, F. - Venuti, C., “Relazioni affettive non matrimoniali: riflessioni a margine del d.d.l. in materia di regolamentazione delle unioni civili e disciplina delle convivenze”, *ivi*, p. 971 y ss. V. también Gorgoni, M., “Le convivenze ‘di fatto’ meritevoli di tutela e gli effetti legali, tra imperdonabili ritardi e persistenti perplessità”, en AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76* (Gorgoni, M., Coord.), Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 186.

<sup>30</sup> Corte Cost. n. 138, de 15 de abril de 2010, cit.



del código civil italiano, “en la parte en que, interpretados sistemáticamente, no permiten que las personas de orientación homosexual puedan contraer matrimonio con personas del mismo sexo”.

La posición asumida por dicho Tribunal ha sido clara: las disposiciones del código civil relativas al matrimonio no pueden considerarse ilegítimas desde el punto de vista constitucional, porque se fundamentan en el citado art. 29 de la Const. y no dan lugar a una discriminación irracional (art. 3 de la Const.), puesto que las uniones homosexuales no son equiparables al matrimonio. Ello no significa que, en todo caso, sea necesario regular los vínculos homoafectivos, pero su reconocimiento jurídico no puede realizarse a través de una equiparación con el matrimonio, puesto que dicho instituto presupone la diversidad de sexo entre los cónyuges, como emerge no solo del código civil, sino también de la regulación de la filiación legítima<sup>31</sup>, de las previsiones que regulan la extinción del matrimonio<sup>32</sup>, así como de la normativa en materia de ordenamiento del estado civil<sup>33</sup>. Más bien, en opinión del juez Constitucional, le corresponde “*al Parlamento, en el ejercicio de su plena discrecionalidad, identificar las formas de garantía y reconocimiento para las citadas uniones*”<sup>34</sup>, en función de la dignidad constitucional atribuible a las parejas homosexuales y en virtud de una interpretación evolutiva de los conceptos de familia y matrimonio. Así es, para dicho Tribunal, las uniones homoafectivas, entendidas como convivencia estable entre dos personas del mismo sexo, merecen tutela, porque deben englobarse en las “*formaciones sociales*” establecidas en el art. 2 de la Const., es decir, en “*toda forma de comunidad, simple o compleja, que permita y favorezca el libre desarrollo de la persona en la vida de relación, en el contexto de una valorización del modelo pluralista*”, de modo que las personas del mismo sexo tienen “*el derecho fundamental de vivir libremente una condición de pareja, obteniendo— en los plazos y con las modalidades y límites que establece la ley— el reconocimiento jurídico con los correspondientes derechos y deberes*”<sup>35</sup>. Aunque si bien es cierto que, como puntualiza el Tribunal, dicha interpretación lógico-evolutiva del art. 29 de la Const., justificada por la evolución de la sociedad y de sus costumbres, no puede extenderse “*hasta llegar incluso a incidir en el núcleo de la norma, modificándola de modo que deba incluirse en la misma fenómenos y cuestiones que no fueron en absoluto considerados cuando fue emanada*”<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Arts. 231 y ss. del código civil italiano y, con especial referencia a la acción de impugnación de la paternidad, arts. 235, 244 y ss. del mismo código.

<sup>32</sup> Regulado en el art. 5 de la l. n.º 898 de 1 de diciembre de 1970.

<sup>33</sup> Contenida en el D.p.r. n.º 396 de 3 de noviembre de 2000, modificado tras la entrada en vigor de la l. n.º 76/2016.

<sup>34</sup> Así, Corte Cost. n. 138, 15 de abril de 2010, cit.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> *Ibidem*. Capotosti, P.A., “Matrimonio tra persone dello stesso sesso e infondatezza *versus* inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010”, Quaderni Costituzionali II/2010, p. 361 y ss.; F. Dal

Argumentaciones similares fueron confirmadas posteriormente en la sentencia n.º 170 de 2014<sup>37</sup>, con la que el Tribunal Constitucional exhortó (de nuevo) al legislador a introducir “*una forma alternativa (y distinta del matrimonio) que permita a dos cónyuges evitar tener que pasar de un estado de máxima protección jurídica a una condición, desde ese plano, de absoluta indeterminación*”<sup>38</sup>. En función de dichas advertencias, y acorde con los pronunciamientos de los jueces nacionales<sup>39</sup> y europeos<sup>40</sup>, el legislador ordinario ha decidido no extender el matrimonio a las personas del mismo sexo, creando un instituto paralelo equiparado de hecho al matrimonio, pero sin modificar el código civil. No obstante la validez constitucional de las uniones civiles, como expresión inmediata del concepto de “*formación social*” en virtud de los arts. 2 y 3 de la Const., la decisión del legislador ha sido la de no prever el matrimonio para las relaciones homosexuales, a diferencia de la mayoría de los países con una civilización jurídica similar a la nuestra, en los que se ha optado por extender el matrimonio también a las parejas del mismo sexo<sup>41</sup>.

Por otra parte, el objetivo de hacer coincidir las finalidades de la unión civil con las del matrimonio emerge inequívocamente ya de la relación introductoria de la ley n.º 76/2016, en la que se establece que las decisiones adoptadas por el legislador estaban dirigidas a “*limitar al mínimo las diferencias entre las uniones civiles y el matrimonio*” dado que “*la decisión de una pareja homosexual de formalizar la relación de vida familiar se basa en los mismos deseos y las mismas necesidades que llevan a la decisión de contraer matrimonio*”<sup>42</sup>. De este modo, la

Canto, “*Le coppie omosessuali ...*”, cit., p. 9; Pugiotta, A., “*Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*”, en AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. III, ES, Napoli, 2011, p. 2699 y ss y en particular Melani, A. Y., “*Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte Costituzionale: la questione resta aperta*”, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), para el cual, el juez Constitucional debería haber intentado definir qué es la familia hoy en día, para después verificar si el matrimonio, instituto “*exclusivo*” de la pareja heterosexual, debe extenderse en virtud del art. 3 de la Const. a la pareja homosexual.

<sup>37</sup> Corte. Cost. n. 170, 11 de junio de 2014, cit.

<sup>38</sup> *Ibidem*. Para el Juez de las Leyes, el legislador debe colmar dicho vacío normativo “*con la máxima rapidez para superar la condición de ilegitimidad establecida en la regulación objeto de examen debido al actual déficit de tutela de los derechos de los sujetos afectados por la misma.*”

<sup>39</sup> Se remite a la jurisprudencia indicada en la nota n.º 23.

<sup>40</sup> En referencia al sistema italiano, v. TEDH, de 21 de julio de 2015, rec. n.º 18766/11 y 36030/11, cit.

<sup>41</sup> En el panorama europeo muchas naciones han extendido el matrimonio a las parejas del mismo sexo. El primer país fue Holanda que con la ley de 1 de abril de 2001 modificó el art. 30 del c.c., cuyo apartado 1 dispone ahora que “*un matrimonio puede contraerse entre dos personas de distinto sexo o del mismo sexo*”, seguido por Bélgica con la ley de 13 de febrero de 2003, donde en el art. 143, apartado 1, del c.c., establece que “*deux personnes de sexe différent ou de meme sexe peuvent contracter mariage*” [n. del r., el texto original está en francés: *dos personas de distinto o del mismo sexo pueden contraer matrimonio*] y por España con la ley de 1 de julio de 2005, en la que las expresiones “*cónyuges*” y “*consortes*” poseen el significado de persona casada con otra, independientemente de que estas sean del mismo o de distinto sexo, en efecto, el art. 44, apartado 2, establece que: “*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”.

<sup>42</sup> Cfr. Auletta, T., “*I rapporti personali tra persone unite civilmente*”, Juscivile, 2017, p. 4, que reproduce el texto de la relación.

unión civil aparece construida acorde al acto matrimonial y sus contenidos, a través de la previsión de reglas que, salvo alguna variante, reproducen el contenido de las disposiciones del código dedicadas al matrimonio<sup>43</sup>.

#### 4. LOS EFECTOS DE LA LEY N.º 76/2016 EN LA RELACIÓN LABORAL: ASPECTOS GENERALES

Entre los múltiples perfiles del ordenamiento italiano afectados por las normas de la ley n.º 76/2016, los inherentes al ámbito del derecho del trabajo asumen una especial relevancia por la tradicional atención que esta materia ha reservado (y aún reserva) a la familia y al trabajador o trabajadora perteneciente a un núcleo familiar<sup>44</sup>.

Inmediatamente después del advenimiento de la Constitución, el esfuerzo del legislador italiano se concentró sobre todo en la condición de la mujer trabajadora, a la luz de su “*esencial función familiar*”<sup>45</sup>. Una configuración que inicialmente se realizó a través de la legislación sobre la maternidad, que durante mucho tiempo se había fundado en el principio según el cual, el cuidado de los hijos era una función asignada exclusivamente a la mujer, incluso en detrimento de sus objetivos profesionales, y con la figura del padre centrada principalmente en la actividad laboral<sup>46</sup>.

En tiempos más recientes, por el contrario, se ha llevado a cabo una separación entre políticas de tutela de la familia y políticas de tutela de la mujer madre, con la ley n.º 53/2000 y el posterior decreto legislativo n.º 151/2001 que constituyen “líneas divisorias” perfectas entre los dos diferentes enfoques legislativos<sup>47</sup>. En una época más moderna, las políticas de protección de la familia han ido abandonando progresivamente la visión limitada de la tutela de la trabajadora, y

<sup>43</sup> Dell’Anna Misurale, F., “Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge”, *giustiziavivile.com*, 27 de junio de 2016, que subraya el hecho de que el legislador, al regular la relación entre personas del mismo sexo mediante el recurso al modelo de la unión civil, descartando la opción del matrimonio, se ha basado, sin embargo “plenamente” en la regulación de este último instituto.

<sup>44</sup> Cfr., sobre el tema, Magnani, M., op. cit., p. 2; Tiraboschi, M., “La legislazione del mercato del lavoro a sostegno della famiglia dopo la riforma Biagi”, en AA. VV., *Famiglia e lavoro: dal conflitto a nuove sinergie* (Donati, P., Coord.), Ed. San Paolo, Milano, 2005, p. 227 y ss.; Ales, E., “Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un nuovo stato sociale”, *Diritto del Lavoro I/1999*, p. 153 y ss.; Bozzao, P., “La protezione sociale della famiglia”, *Lavoro e Diritto*, 2001, p. 84 y ss.; Passalacqua, P., op. cit., p. 4-5.

<sup>45</sup> Así el art. 37 de la Const. Sobre el tema, véase Treu, T., “Sub art. 37”, en AA. VV., *Commentario della Costituzione*, cit., p. 146 y ss.

<sup>46</sup> La referencia es a la regulación contenida en la ley n.º 1204 de 30 de diciembre 1971, que Magnani, M., op. cit., p. 5, indica como una de las causas de debilidad de las mujeres en el mercado de trabajo de la época.

<sup>47</sup> Magnani, M., op. cit., p. 6-7; Saraceno, C., *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010, espec. p. 11 y ss.

se han centrado por el contrario en el núcleo familiar *tout court*<sup>48</sup>, dejando a salvo solo algunas situaciones específicas, como en el caso de la garantía de la salud y la seguridad de la trabajadora durante el embarazo<sup>49</sup>.

Sin embargo, el conjunto de los derechos de los trabajadores, tanto los relativos a la relación laboral como aquellos en materia de seguridad social, ha sufrido una evolución más lenta respecto a la que habrían solicitado las instancias sociales<sup>50</sup>. Así es, en el ordenamiento del derecho del trabajo italiano se ha ido desarrollado gradualmente un aparato de tutelas y garantías, construido sobre el presupuesto del vínculo familiar entre un trabajador y otro sujeto no trabajador (pensemos, por ejemplo, en la regulación de la ley n.º 104/1992 en materia de asistencia a la persona con discapacidad) o entre dos trabajadores (es el caso de la normativa que equilibra el derecho de maternidad y el de paternidad en el ámbito de la relación), pero siempre referido al modelo de la familia tradicional, fundada en el matrimonio entre un hombre y una mujer.

Pero como ya hemos comentado anteriormente, tanto la evolución de la sociedad civil como los estímulos procedentes de las fuentes supranacionales han llevado a Italia ante la necesidad de cambiar la legislación vigente en materia familiar, orientándola hacia un modelo más inclusivo, que no se base en las diferencias de género<sup>51</sup>. Desde esta perspectiva, el destinatario de las tutelas deberá ser todo individuo-trabajador que tenga un vínculo familiar efectivo, independientemente de la connotación de dicho vínculo<sup>52</sup>.

La ley n.º 76/2016 se mueve en esta dirección, calificando la unión civil como una formación social, en virtud de los arts. 2 y 3 de la Const., constituida a través de una declaración realizada ante el encargado del Registro Civil, y con efectos similares, pero no idénticos, a los del matrimonio. En particular, la regulación del código civil italiano se aplica a las uniones solo cuando se hace referencia explícitamente a la misma, mientras que para las demás leyes y reglamentos la presencia de los términos “matrimonio”, “cónyuge” y “cónyuges”, es suficiente para llevar a cabo una equiparación normativa entre unión civil y matrimonio<sup>53</sup>. De ello se deriva la importancia, también para el derecho del trabajo, de la ley en cuestión, es

<sup>48</sup> Piénsese, por ejemplo, en la introducción del permiso por paternidad.

<sup>49</sup> Calafà, L., “Unioni civili, convivenze di fatto e modello lavoristico di tutela dei diritti dei genitori-lavoratori”, *Lavoro Nella Giurisprudenza*, 2016, p. 962 y ss.

<sup>50</sup> Passalacqua, P., op. cit., p. 5; Ales, E., op. cit., p. 154; Bozzao, P., op. cit., p. 86.

<sup>51</sup> Calafà, L., “Unioni civili ...”, cit., p. 963; Id., “La famiglia omogenitoriale in Europa tra sicurezza sociale e tutela del lavoro”, en AA. VV., *La famiglia omogenitoriale in Europa. Diritti di cittadinanza e libera circolazione* (Schuster, A.- Toniollo, M.G., Coord.), Il Mulino, Bologna, 2015, p. 157 y ss.

<sup>52</sup> Calafà, L., “La famiglia omogenitoriale ...”, cit., p. 157 y ss.

<sup>53</sup> Ferrando, G., “Le unioni civili: la situazione in Italia”, *Giurisprudenza Italiana*, 2016, p. 1771 y ss.

decir, la de ampliar las tutelas laborales a formaciones sociales que no responden al prototipo clásico de relación familiar basada en el vínculo matrimonial<sup>54</sup>.

Al respecto, como veremos más adelante, la decisión adoptada por el legislador ha seguido dos distintas directrices: la primera está constituida por intervenciones directas y específicas sobre algunos institutos de la relación laboral (la indemnización sustitutiva del preaviso y la liquidación por extinción de la relación laboral en caso de muerte del beneficiario); la segunda, por el contrario, se ha encomendado a una cláusula general de equivalencia, que hace de racor entre la regulación reservada a sujetos unidos por un vínculo matrimonial y la establecida para los que celebran una unión civil.

#### **4.1. Indemnización de preaviso y liquidación por extinción de la relación laboral (finiquito) en caso de muerte del beneficiario**

Con arreglo a la ley n.º 76/2016 (art. 1, apartado 17), en caso de muerte del trabajador “*las indemnizaciones indicadas en los artículos 2118 y 2120 del código civil deberán abonarse también a la parte de la unión civil*”. En lo concerniente a la referencia al art. 2118, este prevé, entre otras cosas, que la indemnización por falta de preaviso sea pagada “*por el empleador en caso de cese de la relación por muerte del trabajador*” (apartado 3); el art. 2120, por otro lado, hace referencia a la liquidación por extinción de la relación laboral (finiquito), a la que tiene derecho siempre el trabajador por cuenta ajena en caso de cese del vínculo contractual.

La prestación laboral normalmente tiene carácter personal y no fungible, por lo que la muerte del trabajador hace imposible la sucesión en el contrato, determinando el cese automático de la relación laboral y la consiguiente necesidad de regular los derechos de los que era titular el *de cuius* en el momento del fallecimiento.

Al respecto, el primer apartado del art. 2122 del código civil identifica qué sujetos pueden beneficiarse de las indemnizaciones establecidas en los arts. 2118 y 2120 del c.c. (cónyuge, hijos y, si eran dependientes del trabajador, familiares hasta el tercer grado y afines hasta el segundo grado), no obstante lo dispuesto en las reglas de la sucesión hereditaria<sup>55</sup>. Pero tales reglas reviven en la previsión del apartado 3 de dicho artículo (“*en ausencia de las personas indicadas en el primer apartado, las indemnizaciones se atribuirán según las normas de la sucesión legítima*”), con la posibilidad para el trabajador por cuenta ajena de disponer de las mismas en el testamento<sup>56</sup>.

Ahora bien, *nulla quaestio* si el fallecimiento del trabajador (unido civilmente) se produce después de que haya percibido las indemnizaciones en cuestión: en

<sup>54</sup> En este sentido, Passalacqua, P., op. cit., p. 4.

<sup>55</sup> Zanelli, P., “Morte del titolare di reddito nel diritto della sicurezza sociale”, Digesto Delle Discipline Privatistiche Sezione Commerciale, vol. X, Utet, Torino, 1994, p. 103 y ss.

<sup>56</sup> Corte Cost. n. 8, 19 de enero de 1972, Foro Italiano, 1972, c. 276.

efecto, en ese caso, las remuneraciones ya han entrado a formar parte integrante del resto del patrimonio del *de cuius* y su atribución a los herederos tiene lugar según las normas del código civil que regulan la sucesión legítima o testamentaria.

Por el contrario, si el evento muerte se produce durante el desempeño de la relación laboral por tiempo indefinido<sup>57</sup>, es necesario abrir la sucesión de los derechos del trabajador con referencia a lo que aún se deba en virtud del contrato de trabajo. Al respecto, se observa que la ley sobre las uniones civiles no menciona los criterios previstos en el art. 2122 del c.c.<sup>58</sup>, como probablemente habría sido oportuno<sup>59</sup>, lo cual hace necesario verificar si es posible una interpretación que extienda también a las uniones civiles la aplicabilidad de dichos criterios.

En este tema parece admisible, sin duda, una interpretación amplia de la norma en cuestión (art. 1, apartado 17), debiéndose considerar que la remisión a los arts. 2118 y 2120 del código civil contiene implícitamente también la alusión que estas disposiciones hacen al art. 2122, de modo que se incluya entre los beneficiarios al sujeto unido civilmente con el *de cuius*<sup>60</sup>.

Por otra parte, se trata de indemnizaciones que tienen un carácter esencialmente asistencial<sup>61</sup>, y que responden – también en relación con la unión *same sex* – al intento del legislador de atenuar el estado de necesidad en el que puede encontrarse el cónyuge superviviente unido civilmente, frente a la pérdida de renta derivada del trabajo del fallecido<sup>62</sup>.

<sup>57</sup> Por el contrario, en la relación laboral por tiempo determinado, las disposiciones del art. 2122 del c.c. se aplican solo parcialmente: en particular, existe el derecho al pago de la liquidación por extinción de la relación laboral para los supervivientes del trabajador por tiempo determinado fallecido, mientras queda excluida la prestación por falta de preaviso, puesto que es incompatible con la naturaleza de la relación laboral temporal. En la doctrina, v. Riva Sanseverino, L., “Indennità in caso di morte (sub art. 2122 c.c.)”, en AA. VV., *Commentario del codice civile* (Scialoja, A.-Branca, G., Coord.), vol. VI, Zanichelli, Bologna-Roma, 1986, p. 790.

<sup>58</sup> Bettini M.N., “I diritti dei superstiti del lavoratore”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2011, p. 852 y ss.; Id., “Indennità in caso di morte e diritti dei superstiti”, en AA. VV., *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato. Trattato di diritto del lavoro* (Persiani, M. y Carinci, F., Dir. - E. Gragnoli, Coord.), vol. V, Cedam, Padova, 2017, p. 179 y ss.; Gragnoli, E., “Successioni mortis causa e rapporto di lavoro subordinato: le conseguenze del decesso del lavoratore e del datore di lavoro”, en AA. VV., *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* (Bonilini, G., Dir.), vol. V, Giuffrè, Milano 2009, p. 176 y ss.; Mora, A., “La successione nelle indennità ex art. 2122 cod. civ., *ivi*, p. 975 y ss., espec. pp. 986-987; Santoro Passarelli, G., “Il trattamento di fine rapporto. Artt. 2120-2122”, en AA. VV., *Codice civile Commentario* (Schlesinger, P., Dir.), Giuffrè, Milano 2009, espec. p. 143 y ss.

<sup>59</sup> Balestra, L., “Unioni civile, convivenze di fatto e ‘modello’ matrimoniale: prime riflessioni”, *Giurisprudenza Italiana*, 2016, p. 1783.

<sup>60</sup> Passalacqua, P., op. cit., p. 6; Campione, R., “L’unione civile tra disciplina dell’atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale”, en M. Blasi, R. Campione, A. Figone, F. Mecenate, G. Oberto, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 22; Casaburi, G., “Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016 n. 76”, *Foro Italiano* I/2016, p. 2246 y ss.; Siotto, F., “Sub comma 17”, en AA. VV., *Le unioni civili e le convivenze commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017 e d.lgs. n. 7/2017* (Bianca, C.M., Coord.), Giappichelli, Torino, 2017, p. 207.

<sup>61</sup> Cass. n. 3515, 28 de mayo de 1981, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 1982, p. 69.

<sup>62</sup> Siotto, F., op. cit., p. 215.

## 4.2. La cláusula general de equivalencia

Con el fin de introducir las uniones civiles en el ordenamiento italiano y asegurar a las mismas un régimen análogo al matrimonio, el legislador ha utilizado una cláusula general de equivalencia en función de la cual *“las disposiciones que se refieren al matrimonio y las disposiciones que contienen las palabras cónyuge, cónyuges o términos equivalentes, que aparezcan en leyes, actos con fuerza de ley y reglamentos así como en actos administrativos y en convenios colectivos, se aplican también a cada una de las partes de la unión civil entre personas del mismo sexo. La disposición indicada anteriormente no se aplica a las normas del código civil no mencionadas expresamente en la presente ley, ni a las disposiciones que establece la ley n.º 184 de 4 de mayo de 1983. Todo ello sin perjuicio de lo previsto y permitido en materia de adopción por las normas vigentes”* (art. 1, apartado 20).

Como consecuencia de dicha remisión automática, todas las normas del ordenamiento jurídico que se refieren al matrimonio (o contienen las palabras *“cónyuge”, “cónyuges”* o *“términos equivalentes”*) quedan duplicadas, puesto que a estas se unen las *“nuevas”* disposiciones que se aplican a las partes de la unión civil.

Respecto al ámbito laboral, un primer aspecto de la equiparación que ha realizado la ley Cirinnà concierne a la extensión a las parejas unidas civilmente de la regulación del permiso por matrimonio. La regulación de dicho permiso está prevista en los convenios colectivos que, normalmente, establecen que el permiso puede utilizarse varias veces a lo largo de la vida laboral, con la consecuencia de que se reconoce también a aquellos trabajadores que ya se hayan beneficiado del mismo y que constituyan un nuevo matrimonio o una nueva unión civil.

Problemas más relevantes, por el contrario, presenta la normativa sobre los permisos por maternidad y paternidad, contenida en el d.lgs. n.º 151/2001, cuando en el ámbito de la pareja homoafectiva exista un hijo sobre el que se ejerce la responsabilidad parental, independientemente de la técnica utilizada para obtener dicha composición familiar (las opciones, como se sabe, son múltiples y no todas jurídicamente posibles en el ordenamiento italiano como, por ejemplo, la maternidad subrogada o la adopción de hijastros conocida como *stepchild adoption*)<sup>63</sup>.

En particular, si no plantea problemas el derecho de la madre biológica a obtener el permiso, con las condiciones previstas en el art. 16 del d.lgs. n.º 151/2001, más dudoso es sin embargo el derecho de la llamada madre *“social”* al permiso de paternidad, que corresponde formalmente en los casos de muerte, enfermedad grave o abandono de la madre o guarda y custodia exclusiva del padre (art. 28, D. Lgs. n.º 151/2001). Por tanto, considerando la falta de previsión en la ley sobre las uniones civiles de la adopción de hijastros (*stepchild adoption*) y la limitación de

<sup>63</sup> Calafà, L., *“Unioni civili ...”*, cit., p. 966.



la cláusula general de equivalencia solo a la relación conyugal y no a la relación parental, actualmente, para obtener un resultado similar, sería necesario valorizar el aspecto funcional de la paternidad más que el biológico, según un proceso ya experimentado por la jurisprudencia italiana<sup>64</sup>.

Otra cuestión objeto de análisis concierne a la nulidad del despido “*por matrimonio*”, que establece el art. 35 del d.lgs. n.º 198/2006, y que originariamente estaba prevista en la ley n.º 7/1963.

La primera consideración que hay que hacer concierne a la referencia textual del art. 35 solo a la trabajadora: “*Las cláusulas de cualquier tipo, contenidas en los contratos individuales o en los convenios colectivos, o en reglamentos, que prevean en todo caso la resolución de la relación laboral de las trabajadoras como consecuencia del matrimonio son nulas y se considerarán no existentes*”. Dicha referencia deriva de la necesidad, que desde siempre ha tenido el legislador, de proteger a la trabajadora durante la maternidad, percibida socialmente como el resultado natural del matrimonio. Sobre todo en la lógica del legislador de los años 60, parecía natural el binomio matrimonio-maternidad y, por tanto, la ley tenía la finalidad de impedir posibles maniobras “preventivas” del empleador dirigidas a alejar de la empresa a las trabajadoras que podían convertirse en madres. Pero como sabemos, a lo largo de los años el instituto del matrimonio ha sido objeto de discusión y ha ido cediendo terreno en favor de situaciones de convivencia, o de las llamadas “familias ampliadas”, con la consecuencia de que cada vez es más frecuente que los hijos sean concebidos fuera del contexto matrimonial clásico.

Ante dicho escenario, cabe preguntarse si la norma sigue estando dirigida a tutelar solo a la mujer trabajadora. Algunos tribunales italianos, aplicando los principios de igualdad de tratamiento entre hombre y mujer y de no discriminación han considerado que el dato literal de la disposición debía superarse, con la consiguiente “*nulidad del despido por matrimonio (incluso si) es intimado al trabajador (hombre)*”<sup>65</sup>. Una posición que resulta hoy en día más justificada considerando la extensión al padre trabajador de las medidas protectoras que antaño se reservaban exclu-

<sup>64</sup> Cass. n. 12962, 22 de junio de 2016, Corriere Giuridico, 2016, p. 1203, con nota de Morozzo della Rocca, P., “Le adozioni in caso particolari ed il caso della *stepchild adoption*”; Trib. Roma, 23 de diciembre de 2015, Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2016, p. 969 y ss. También en el caso de la unión civil entre dos hombres podría configurarse el derecho al permiso de paternidad en los casos en que uno de los dos cónyuges sea el padre biológico del niño, concebido a través de la maternidad subrogada o portante, tras el reconocimiento en Italia como hijo, siempre que se den los requisitos que establece la ley (Trib. Monza, 27 de octubre de 1989, Diritto di Famiglia e Delle Persone, 1990, p. 182); por el contrario, existe aún la dificultad para el otro cónyuge, no padre biológico, de acceder al permiso de paternidad considerando la mencionada prohibición de la *stepchild adoption*.

<sup>65</sup> Se han expresado en dichos términos Trib. Roma, Sez. Lav., ord. 16 de enero de 2017; Trib. Napoli, Sez. Lav., 15 de diciembre de 2016, Giurisprudenza Italiana, 2017, p. 1654 y ss., con nota de Martone, M., “Sulla nullità del licenziamento del marito: un altro passo verso la bigenitorialità”; Trib. Milano, Sez. Lav., 5 de septiembre de 2016, Lavoro Nella Giurisprudenza, 2017, p. 100; Trib. Vicenza, Sez. lav., 24 de mayo de 2016, Argomenti di Diritto del Lavoro, 2017, p. 267 y ss., con nota de Battista, L., “Il campo di applicazione della tutela per il licenziamento in costanza di matrimonio”; Trib. Milano, Sez. Lav., 3 de junio de 2014, Foro Italiano, 2014, p. 2975 y ss.



sivamente a la madre trabajadora<sup>66</sup>. Por tanto, en función de dichas consideraciones, puede afirmarse que es aplicable la prohibición de despido también en caso de unión civil e independientemente del género del trabajador afectado por el mismo.

Precisamente la prohibición de toda forma de discriminación y una interpretación evolutiva de la norma puede proporcionarnos la respuesta a una segunda cuestión, la relativa al inicio del plazo en que opera la tutela en cuestión según establece el art. 35, apartado 3, del d.lgs. n.º 198/2006<sup>67</sup>. Así es, es necesario establecer el momento inicial a partir del cual empieza a correr el periodo durante el cual rige la prohibición de despido que, en el matrimonio, coincide con el de la publicación de los edictos matrimoniales (que no están previstos, sin embargo, para las uniones civiles). A día de hoy, aunque no es posible equiparar la publicación de los edictos matrimoniales a ninguna de las formalidades previstas en la ley para las uniones civiles, podría considerarse que el plazo en el que rige la prohibición en cuestión empieza a correr a partir del día en que las partes presentan la solicitud ante el encargado del Registro Civil del Ayuntamiento elegido para la constitución de la unión, como requiere el art. 1 del d.P.C.M. n.º 144 de 23 de julio de 2016, (*“Reglamento que contiene las disposiciones transitorias necesarias para la tenencia de registros en el archivo del Registro Civil”*). En efecto, de igual modo que sucede con la publicación de los edictos matrimoniales, dicho momento es anterior tanto a la verdadera y auténtica declaración ante el encargado del Registro Civil como al registro posterior de la declaración de los unidos civilmente previsto en el art. 3 del citado d.P.C.M. Naturalmente, al igual que en el matrimonio, la presunción de nulidad del despido aplicado después de la solicitud de los interesados queda subordinada, en todo caso, al hecho de que la unión civil se celebre efectivamente más tarde mediante la declaración posterior que determina su constitución.

Similares problemas de coordinación aparecen en materia de dimisión. En efecto, el d.lgs. n.º 198/2006 establece que *“es nula la dimisión presentada por la trabajadora durante el periodo indicado en el apartado 3, salvo que sea confirmada por la misma en el plazo de un mes ante la Dirección de la ciudad metropolitana y del ente de zona amplia que establece la ley del trabajo n.º 56 de 7 de abril de 2014”* (art. 35, ap. 4)<sup>68</sup>. Al igual que sucede con el tema de la nulidad

<sup>66</sup> Recientemente, el marco normativo ha quedado enriquecido con las disposiciones introducidas por la ley n.º 92 de 28 de junio de 2012 (la llamada Reforma Fornero), por el d.lgs. n.º 80 de 15 de junio de 2015, (*“Medidas para la conciliación de las necesidades de cuidado, vida y trabajo, en aplicación del art. 1, apartados 8 y 9, de la ley n.º 183 de 10 de diciembre de 2014”*), por la ley n.º 208 de 28 de diciembre de 2015, por la ley n.º 232 de 11 de diciembre de 2016 y por la ley n.º 145 de 30 de diciembre de 2018, que han potenciado y ampliado las tutelas correspondientes al padre trabajador.

<sup>67</sup> Según el cual *“se presume que el despido de la empleada durante el periodo que va desde el día de la solicitud de la publicación de los edictos matrimoniales, siempre que después se lleve a cabo la celebración, hasta un año después de la misma, ha sido aplicado a causa del matrimonio”*.

<sup>68</sup> Hoy la Dirección territorial del trabajo ha sido sustituida por la Inspección territorial del trabajo.

del despido, la disposición en cuestión se refiere textualmente solo a la trabajadora, generando la duda acerca de la admisibilidad de su aplicación también a los trabajadores unidos civilmente. La *ratio* de la norma, sin embargo, es la misma que la que inspira la nulidad del despido por matrimonio y, consiguientemente, pueden preverse las mismas soluciones establecidas con referencia a la nulidad de la resolución. Por tanto, también la dimisión de los unidos civilmente, presentada durante el periodo en que está prohibido el despido (es decir, desde la solicitud al encargado del Registro Civil hasta un año después de la celebración efectiva de la unión), deberá considerarse nula.

La sustancial equiparación entre matrimonio y unión civil afirmada por la ley Cirinnà, permite además la extensión a los unidos civilmente de otras disposiciones previstas en el ordenamiento para el cónyuge, en particular, en materia de transformación de la relación laboral de jornada completa a media jornada para asistir al cónyuge que padezca patologías oncológicas o graves patologías crónico-degenerativas progresivas<sup>69</sup>, en materia de permisos en caso de luto y eventos particulares<sup>70</sup> o de permisos previstos por la ley n.º 104/1992, concedidos a favor de quien asiste al cónyuge con discapacidad en situación de gravedad<sup>71</sup> (incluido el llamado permiso extraordinario)<sup>72</sup>. La extensión de las tutelas previstas por la ley en caso de matrimonio conllevará, asimismo, el cómputo del cónyuge unido civilmente como familiar dependiente en los procedimientos de despido colectivo<sup>73</sup>.

Por último, es importante subrayar que los derechos que se derivan de la relación laboral aplicables a las uniones civiles no solo son los que se desprenden de la ley o del contrato individual, sino también los derivados de normas colectivas, mencionadas expresamente en el art. 1, apartado 20, de la ley objeto de examen<sup>74</sup>. Pensemos, por ejemplo, en los institutos como el traslado individual, las vacaciones, las bajas y los permisos que, a menudo, en su regulación colectiva, prevén derogaciones y favores para los familiares y que ahora ya son aplicables también a las relaciones de la unión civil.

<sup>69</sup> Art. 8, apartado 4, d.lgs. n.º 81 de 15 junio de 2015.

<sup>70</sup> Art. 4, ley n.º 53/2000 y d.m. n.º 278 de 21 de julio de 2000.

<sup>71</sup> Art. 33, apartado 3, de la ley n.º 104/1992.

<sup>72</sup> Art. 42, apartados 5 y ss., d.lgs. n.º 151/2001.

<sup>73</sup> Art. 5, apartado 1, letra a), ley n.º 223 de 23 de julio de 1991.

<sup>74</sup> Passalacqua, P., op. cit., p. 14.

## 5. ALGUNOS ASPECTOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

Las uniones civiles se incluyen en la regulación de carácter asistencial (seguridad social) de la familia<sup>75</sup>. Se hace referencia, por ejemplo, a la prestación por supervivencia<sup>76</sup> (si el difunto era titular de una pensión directa), a la pensión indirecta (si el empleado, en el momento del fallecimiento, aún desempeñaba una actividad laboral) y a la renta (que ya correspondía al cónyuge) para los supervivientes en caso de accidente laboral con resultado de muerte del trabajador y, si se dan las condiciones para ello, a la asignación de una cantidad para el núcleo familiar.

Para esta última prestación, el INPS, Istituto Nazionale della Previdenza Sociale [n. del r.: *Instituto Italiano de la Seguridad Social*] ha aclarado cuál es el núcleo de referencia para determinar el derecho a dicha cantidad en cuestión, mencionando tanto el caso en que solo una de las partes de la unión sea un trabajador por cuenta ajena o titular de una prestación de la seguridad social, como el caso en que el núcleo familiar esté formado por hijos (de una de las partes) nacidos en un momento anterior o posterior a la unión civil<sup>77</sup>.

Asimismo seguramente son de aplicación a las parejas homoafectivas los beneficios relacionados con el llamado *welfare* empresarial<sup>78</sup>, ya que dichas medidas mencionan, para identificar las deducciones por familiares dependientes, a los familiares indicados en el art. 12 del Texto Refundido de los Impuestos sobre la Renta (d.P.R. n.º 917 de 22 de diciembre de 1986) y, en particular, “*al cónyuge no separado ni legal ni efectivamente*”. Por ello, también las partes unidas civilmente podrán beneficiarse de las prestaciones y los servicios de seguros del empleador a favor de sus empleados y de los familiares de los mismos.

Por otra parte, la extensión a las uniones civiles de las prestaciones destinadas a los supervivientes y, sobre todo, la de supervivencia, ha suscitado alguna preocupación en la doctrina en relación con la correspondiente cobertura financiera<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> Al respecto, v. Trib. Just. UE, Gran sal., 10 de mayo de 2011, procedimiento c-147/08, *Römer c. Germania*, *Famiglia e Diritto*, 2012, p. 113 y ss., con nota de Nunin, R., “Orientamento sessuale, diritti pensionistici e discriminazione” y Trib. Just. CE, Gran sal., 1 de abril de 2008, procedimiento c-267/06, *Maruko c. Germania*, *Rivista Giuridica del Lavoro* II/2009, p. 248 y ss., con nota de Calafá, L., “Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensioni a superstiti: il caso *Tadao Maruko* dinanzi alla Corte di giustizia CE”.

<sup>76</sup> Sobre el tema, véase Corte Cost. n. 174, 14 de julio de 2016, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* II/2017, p. 186 y ss., con nota de Taschini, L., “Solidarietà ed equilibrio di bilancio al tempo della crisi economica. Riflessioni a margine delle sentenze 173 e 174 del 2016 della Corte Costituzionale”.

<sup>77</sup> V. la Circular “Inps” n.º 84 de 5 de mayo de 2017.

<sup>78</sup> Treu, T., “Introduzione *Welfare* aziendale”, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT 297/2016; Zilio Grandi, G., “Stato sociale, lavoro e welfare aziendale ai tempi del *Jobs Act*”, en Id. (Coord.), *Stato sociale, lavoro e welfare aziendale ai tempi del Jobs Act*, in *Note di Ricerca del Dipartimento di Management dell’Università Ca’ Foscari DI Venezia*, n. 1, 2017, p. 2 y ss.

<sup>79</sup> Nicolini, C.A., “Quali i riflessi previdenziali delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze di fatto?”, *Rivista del Diritto e della Sicurezza Sociale*, 2016, p. 565.

Al respecto, se puede afirmar, en todo caso, que la nueva regulación difícilmente determinará un daño de tal entidad que afecte a la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones: ello no solo por la verosímil limitación numérica de los casos, sino principalmente porque, entre las uniones homosexuales, falta esa brecha de la tasa de supervivencia media que caracteriza a las parejas heterosexuales, «a la que se imputa una de las “anomalías” de coste de la actual estructura de la prestación por supervivencia»<sup>80</sup>.

En todo caso, la jurisprudencia<sup>81</sup> ya ha aclarado que el derecho a la prestación por supervivencia se inserta en el núcleo de los derechos/deberes de asistencia y solidaridad propios de las relaciones afectivas de pareja y, por tanto, de los derechos fundamentales del hombre que el art. 2 de la Constitución italiana garantiza dentro de las formaciones sociales, entre las que se sitúa la unión homosexual entendida como convivencia estable entre dos personas del mismo sexo. Así es, la concesión de la prestación por supervivencia al superviviente supone que la solidaridad familiar permanece más allá del evento muerte del trabajador, solidaridad familiar que dentro de la pareja homosexual debe ir dirigida a favor del miembro unido civilmente.

La extensión de las prestaciones por supervivencia a los sujetos vinculados por una unión civil opera también en el ámbito de la pensión complementaria<sup>82</sup>: los derechos de los cónyuges (tanto en el matrimonio como en la unión civil) se extienden a los fondos de pensiones complementarios, so pena de la violación de la directiva 2000/78/CE en materia de condiciones de trabajo y de prohibición de discriminación por orientación sexual, como afirma también, al respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>83</sup>.

Se plantea además la cuestión de la aplicabilidad a la parte de la unión civil de algunas normativas concernientes a la llamada “*legislación social*”, por ejemplo, las tutelas para los familiares víctimas de la exposición al amianto, o víctimas del cumplimiento del deber o de la criminalidad organizada, la contratación obligatoria a favor de familiares discapacitados para el trabajo, etc. Tampoco en este caso, la cláusula general que establece el art. 1, apartado 20, de la ley objeto de examen parece que siembre dudas acerca de la aplicabilidad de dichos beneficios a los sujetos unidos civilmente.

No hay que olvidar, que existen además algunos problemas significativos que plantea el apartado 25 del art. 1 de la ley n.º 76/2016, que prevé la aplicación de distintas disposiciones de la ley sobre la extinción del matrimonio (la ley n.º 898/1970) a las uniones civiles “*siempre que sean compatibles*”. Se trata de una

<sup>80</sup> Cinelli, M., “L’impatto previdenziale delle unioni civili ex legge n. 76/2016: alcune considerazioni”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2016, p. 874.

<sup>81</sup> Corte di Appello Milano, Sez. Lav., n. 1005, 26 de julio de 2018.

<sup>82</sup> Passalacqua, P., op. cit., p. 10.

<sup>83</sup> Trib. Just. CE, Gran sal., 1 de abril de 2008, procedimiento c-267/06, cit.

cláusula de difícil interpretación puesto que la regulación del matrimonio y la de la unión civil son distintas desde diversos puntos de vista – también en materia de extinción del vínculo<sup>84</sup> –, sin tener en cuenta asimismo que la praxis aplicativa de la jurisprudencia se aleja a menudo del texto de la ley.

Pensemos, por ejemplo, en los derechos en materia de seguridad social reconocidos, en el matrimonio, a los cónyuges-progenitores. En caso de divorcio, según lo dispuesto en el art. 12-ter de la l. n.º 898/1970, “*la pensión de supervivencia correspondiente [n. del r.: a los progenitores divorciados] por la muerte de un hijo fallecido durante el desempeño de la actividad laboral se atribuye automáticamente, por parte del ente erogante, por partes iguales a cada progenitor*”. Una disposición similar parecería no compatible con las uniones civiles entre personas del mismo sexo, dado que el ordenamiento italiano, actualmente, no reconoce la legitimación de las parejas homosexuales para adoptar hijos. El problema, sin embargo, queda abierto ante los tribunales italianos que – como ya se ha comentado – han autorizado recientemente, bajo determinadas condiciones, la llamada “*stepchild adoption*”, es decir, la adopción del hijo de la otra parte de la unión civil<sup>85</sup>.

Ante esta situación, no se puede excluir una lectura amplia de la cláusula de compatibilidad prevista en el apartado 25, cuya finalidad es extender los institutos de la seguridad social relacionados con la extinción del matrimonio también a las uniones civiles, salvo que ello no presente especiales dificultades o sea incoherente con las indicaciones del ordenamiento. Siguiendo este enfoque, se ha considerado aplicable también a los sujetos pertenecientes a una unión civil la regulación prevista en el art. 9 de la ley n.º 898/1970, que garantiza al cónyuge divorciado, beneficiario de la asignación de cantidad mensual mínima, el derecho a la prestación por supervivencia en ausencia de un nuevo matrimonio del cónyuge superviviente, a condición de que la relación de la que deriva la prestación sea anterior a la sentencia de extinción del vínculo<sup>86</sup>.

Se extendería a las uniones civiles asimismo lo dispuesto en el art. 12-bis de la ley n.º 898/1970, que establece el derecho del cónyuge divorciado a una cuota, en la proporción equivalente al 40%, de la liquidación por extinción de la relación laboral (finiquito) por los años en que la relación laboral coincidió con el matrimonio (ahora también con la unión civil)<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Por ejemplo, el art. 1, ap. 24, de la ley n.º 76/2016, prevé un caso no aplicable al matrimonio: “*la unión civil se extingue, asimismo, cuando las partes han manifestado incluso por separado la voluntad de extinción ante el encargado del Registro Civil. En ese caso, la demanda de extinción de la unión civil se presenta transcurridos tres meses desde la fecha en que se manifestó la voluntad de extinción de la unión*”.

<sup>85</sup> Cfr. las sentencias citadas en el párrafo anterior.

<sup>86</sup> Passalacqua, P., op. cit., p. 11.

<sup>87</sup> Id., op. cit., p. 12.

En conclusión, con la introducción de la ley Cirinnà ha quedado constancia de la relevancia adquirida, también desde el punto de vista del derecho positivo, de algunos vínculos afectivos no fundados en el matrimonio: en efecto, las nuevas reglas poseen la virtud seguramente de proporcionar un modelo institucional (mejor dicho, un *status*) del que se deriva una gama completa de derechos y deberes para las parejas *same sex*. Desde el punto de vista legislativo, por el contrario, hay que lamentar la existencia de una técnica normativa no impecable – definida por algunos como un “*atentado a la estética jurídica*”<sup>88</sup>, especialmente si se observa la cláusula general de equivalencia del apartado 20 – que tiene el riesgo de aumentar desmesuradamente el papel del intérprete con consecuencias poco virtuosas en términos de claridad reguladora y certeza del derecho.

<sup>88</sup> Dogliotti, M., “Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?)”, *FAMIGLIA E DIRITTO*, 2016, p. 878; Casaburi, G., “Il nome della rosa (la disciplina italiana delle unioni civili)”, *ARTICOLO 29.IT*, 3 de marzo de 2016; y Quadri, E., “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?”, *GIUSTIZIACIVILE.COM*, 1 de abril de 2016.