

LAS PAREJAS DE HECHO: PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

NATALIA ALVAREZ LATA
Doctora en Derecho
Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. LA PAREJA DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA: TERMINOLOGIA Y CONCEPTO. III. NORMATIVA APLICABLE A LAS PAREJAS DE HECHO. ACERCA DE LA APLICACION ANALOGICA DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL MATRIMONIO. IV. EFECTOS JURIDICOS DE LAS PAREJAS DE HECHO (RECONOCIDOS POR LA JURISPRUDENCIA). 1. *Efectos personales entre convivientes*. 2. *Efectos respecto de los hijos*. 3. *Efectos patrimoniales entre convivientes*. A) Constante la convivencia. B) Tras la ruptura de la pareja de hecho. C) Como consecuencia del fallecimiento de uno de los convivientes.

I. INTRODUCCION

La convivencia en pareja al margen del matrimonio es, a juzgar por los tiempos que corren, un fenómeno social en alza. Pero también, a la vista de los acontecimientos legislativos, es un fenómeno jurídico de máxima actualidad. Las últimas reformas en materia de Derecho de familia ya acogen la realidad de la pareja de hecho y nuevas leyes son promulgadas o están a punto de serlo para procurar su regulación jurídica integral, para llegar a, lo que algún autor ha denominado, la matrimonialización de la pareja de hecho (1).

(1) LLEBARÍA SAMPER, S., *Hacia la familia no matrimonial (Presente y futuro en el Derecho civil catalán)*, Barcelona, Ed. Cedecs, 1997, p. 79.

En este fervor social y legislativo por dar respuesta a los nuevos retos que la evolución de los comportamientos y de las relaciones humanas nos plantea —y la problemática que encierra la pareja de hecho lo es—, resulta de enorme interés analizar la labor de los Tribunales. Las Cortes de Justicia fueron y son testigos de las primeras y últimas pretensiones de los convivientes de hecho. Sus pronunciamientos han dado fe del cambio en la valoración social de las relaciones paramatrimoniales y continúan proporcionando elementos u orientaciones para una prospectiva de la cuestión. En definitiva, se configuran como ineludibles puntos de referencia para conocer la reacción del Derecho ante las uniones de hecho.

Las uniones extramatrimoniales entre un hombre y una mujer han pasado en nuestro Ordenamiento jurídico, y en medio siglo, de ser amores ilícitos o convivencias inmorales a realidades plenamente lícitas y hasta constitucionalmente tuteladas, en cuanto ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de hombres y mujeres que eluden el matrimonio como modelo de vida y de formación de una familia.

Esta transformación se ha sentido de forma especial en la jurisprudencia. De la etapa de vindicación del reconocimiento jurídico de las parejas de hecho —etapa que se clausura con la consolidación de los valores y principios constitucionales— se ha evolucionado a otra, a la presente, en la que las pretensiones de los convivientes se ordenan a la atribución de efectos jurídicos a sus uniones de hecho, a veces, aunque resulte paradójico, para asimilarlas y hacerlas más cercanas a aquella institución matrimonial que en su formación evitaron.

La determinación de cuáles son esos efectos jurídicos que hoy día los Tribunales reconocen a las parejas de hecho se erige en propósito fundamental de este estudio. A tal fin —con el objetivo de contemplar en su plenitud la reacción del Derecho—, hemos ampliado el concepto estricto y propio de jurisprudencia para manejar y analizar otro más laxo e impropio, en el cual tengan cabida las decisiones de Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas.

II. LA PAREJA DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA: TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO

Aunque hemos optado por el término “pareja de hecho” para hacer alusión al fenómeno de la relación extramatrimonial provista de

cierta estabilidad —o, por lo menos, tendente hacia la estabilidad—, lo cierto es que la jurisprudencia actual (2) no lo utiliza de forma unánime ni mayoritaria. Terminología diferente se advierte en el lenguaje de los Tribunales. En este sentido, *uniones libres, de hecho, extramatrimoniales, cuasimatrimoniales o paramatrimoniales, parejas de hecho, convivencia more uxorio y matrimonio de hecho* constituyen las expresiones más comunes para hacer referencia a una misma realidad sociológica, la de la unión entre un hombre y una mujer en relación análoga a la conyugal. Unas y otras fórmulas ponen de manifiesto ya las características principales de la figura: la naturaleza fáctica de la unión, su carácter voluntario, la convivencia como eje central del concepto, y su similitud con la institución matrimonial a pesar de su inidentidad (extra o paramatrimonial).

Con frecuencia se utiliza por la jurisprudencia otra expresión que, sin embargo, no siempre se emplea con idéntico alcance. Nos referimos a *familia no matrimonial, de hecho o natural*. Al mentarla, algunos pronunciamientos están aludiendo a la familia como comunidad formada por progenitores y descendientes, con la particularidad de que los primeros conviven unidos por una relación de hecho. En este punto es destacable, por la claridad al exponer esta tendencia, la SAP de Guipúzcoa de 25 de octubre de 1993 (AC. 2086): “Es requisito imprescindible la existencia de ‘familia’; esto es, de relaciones familiares, y sólo existen tales cuando tienen su origen en la maternidad o paternidad fuera o dentro del matrimonio y las que crea el matrimonio entre los cónyuges.” Aunque, en contra, se pueden citar la SAP de Madrid de 22 de marzo de 1995 (AC. 885), que equipara ambas expresiones: “Por unión extramatrimonial, libre convivencia *more uxorio* o familia de hecho debe entenderse la [...]” y las SSTs de 11 de octubre de 1994 (A. 7476) y de 20 de octubre de 1997 (A. 7341), que proceden en idéntico sentido: “[...] la denominada sociológicamente ‘unión de hecho’ y que, como familiar natural, debe ser merecedora de la misma protección [...]”.

Analizado el aspecto terminológico, ¿cuál es el concepto de pareja de hecho en la jurisprudencia?

Con el objetivo de que “a estas uniones se les aplique la normativa

(2) En desuso quedan hoy día expresiones tales como “concubinato”, “amores ilícitos” (*vid.* STS de 17 de octubre de 1932, A. 1235), “relaciones de carácter íntimo” o “convivencia inmoral” (*vid.* STS de 5 de octubre de 1957, A. 2853), o “mancebía” (STS de 17 de octubre de 1959, A. 3679), antes empleadas por nuestra jurisprudencia para referirse a la relación extramatrimonial de un hombre y una mujer.

legal” —en los casos en que esté prevista— y “a fin de evitar que una interpretación amplia y no debidamente medida, desborde y desvirtúe la aplicación del Derecho” (3), el Tribunal Supremo en algún pronunciamiento ha avanzado lo que considera concepto y requisitos necesarios de las uniones de hecho, derivados de su propia naturaleza. En particular, mencionaremos dos pronunciamientos, separados en el tiempo, que nos servirán de guía para descubrir qué entiende la jurisprudencia por pareja de de hecho:

La STS de 18 de mayo de 1992 (A. 4907) establece: “[...] la convivencia ‘*more uxorio*’ ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar.”

La más reciente sentencia de 29 de octubre de 1997 (A. 7341) apenas ha variado aquel concepto: “La pareja heterosexual que convivió por espacio de [...] años teniendo como único nexo de unión una *affectio* recíproca [...] no puede haber lugar a duda de que surge en relación a las partes de este pleito la existencia de la denominada sociológicamente ‘unión de hecho’.”

De esta forma, ciertos caracteres de las parejas de hecho se han elevado, no tanto, creemos, a notas que emanan de la propia naturaleza de la relación —aunque así lo exprese la STS de 18 de mayo de 1992—, sino más bien, a exigencias mínimas para preservar la seguridad jurídica y evitar eventuales fraudes de ley. En todo caso, sea una u otra la última causa, la jurisprudencia mayoritaria viene exigiendo los siguientes requisitos:

— *Requisitos subjetivos*

En palabras de la STS de 30 de octubre de 1994 (A. 10391) se resumirían en “bilateralidad sexual y madurez física y psicológica”.

A pesar de que pocas son las sentencias que han reflexionado acerca de la *capacidad* para ser miembro de una pareja de hecho, algunas han exigido la “plena capacidad jurídica de obrar” (SAP de Madrid de 22 de marzo de 1995, AC. 885) o la “mayoría de edad” (SAP de Córdoba de 15 de junio de 1992 (AC. 924), y del conjunto de los pronunciamientos se deduce la necesidad de la madurez física y psí-

(3) STS de 18 de mayo de 1992 (A. 4907).

quica que se exige, por lo menos, al cónyuge, lo cual no es de extrañar si ambas relaciones son análogas por lo que respecta a la afectividad y sexualidad (es preciso, entonces, tener capacidad o madurez física para mantener relaciones sexuales) y al propio fin de la unión (como veremos, la formación de una comunidad de vida, de un hogar), para lo cual es imprescindible poseer la capacidad de aceptar y asumir tal compromiso con cierta vocación de permanencia y estabilidad, esto es, participar de cierta madurez mental. Pero, más aún, parece acertado que juegue, ante la ausencia de un precepto específico que regule la materia —como sucede en el caso del matrimonio en los arts. 46.1.º y 48, párrafo 2.º Cc.— la regla de la capacidad general para ser sujeto de derechos y obligaciones —la capacidad de obrar—, dados los efectos jurídicos que, como veremos, poseen las uniones de hecho. En fin, que se acredite la plena capacidad de obrar.

Más son las resoluciones que inciden expresamente en el requisito de la *heterosexualidad*, pese a que, asimismo, se halla implícito en la inmensa mayoría de los pronunciamientos (4). El Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de octubre de 1992 (A. 8589), define la unión libre como “toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer [...]”

(4) No hay sentencias de las Salas de lo Civil que resuelvan acerca de una pareja de hecho homosexual. Apenas siquiera existen menciones sobre el tema. Sólo la SAP de Guipúzcoa de 25 de octubre de 1993 (AC. 2086) significa: “Cuestión distinta sería aquellas parejas, que por serles imposible contraerlo [el matrimonio], como por ejemplo las parejas homosexuales, a los que no se les da la oportunidad de adherirse a los derechos y obligaciones que comporta la institución del matrimonio se les aplicara análogicamente dichas normas reguladoras del matrimonio siempre que acreditaran su voluntad de comportarse a modo de tal matrimonio”. En cambio, en las Salas de lo Social se ha planteado, en ocasiones, la problemática de la pareja homosexual. Por ejemplo, la STSJ de Madrid de 25 de marzo de 1998 (AS. 806) resuelve una reclamación de un permiso por razón de matrimonio de un conviviente con motivo de la inscripción de la pareja homosexual en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid. La inexistencia de un matrimonio hizo decaer inexorablemente la demanda, y el Tribunal se pronunció en los siguientes términos: “[...] es plenamente constitucional que el Código Civil, el Estatuto de los Trabajadores y el Convenio Colectivo aplicable, estos dos últimos textos normativos por remisión al primero citado, diferencien, a los efectos que ahora nos importan, entre relaciones jurídicas institucionalizadas mediante matrimonio y aquellas otras que no lo son, sean éstas las conformadas de manera heterosexual o de manera homosexual; de ahí que no quepa la estimación de la demanda [...] y desde luego, ni puede, ni debe afirmarse que sea lo uno y/o lo otro el trato distinto según exista o no matrimonio, ni puede afirmarse que, de suyo, las parejas ‘de facto’ heterosexuales y homosexuales constituyan realidades iguales que, por ello, sean merecedoras de un trato idéntico”. También la STSJ de Castilla y León de 20 de enero de 1998 (AS. 371) denegaba la petición de una pensión de viudedad de un homosexual, “ya que falta[ba] en el recurrente el *status* legal de cónyuge viudo”.

e insiste posteriormente (STS de 27 de mayo de 1994, A. 3753) en que las “uniones de hecho [son] entre hombre y mujer” o en la “pareja heterosexual” (STS de 16 de diciembre de 1996, A. 9020). La jurisprudencia menor ha recogido esta idea; entre otras, la SAP de Córdoba de 29 de abril de 1998 (AC. 786) hace referencia a “uniones estables entre hombre y mujer, basadas en vínculos de solidaridad [...]” y la SAP de Madrid de 22 de marzo de 1995 (AC. 885) habla de “convivencia entre un hombre y una mujer [...]”.

Quedaría, por consiguiente —y por ahora (5)—, al margen del concepto jurisprudencial de pareja de hecho la relación homosexual; aserto que, a juzgar por la TSJCE de 17 de febrero de 1998, es también de aplicación en la mayoría de los países de la Unión Europea: “[...] en el estado actual del Derecho en el seno de la Comunidad las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas no casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo” (6).

Lo que no es requisito subjetivo es la *ausencia de ligamen previo* de los convivientes de hecho. En este punto se advierte total heterogeneidad, conviviendo en el concepto jurisprudencial de parejas de hecho las hipótesis de personas “con impedimento legal para contraer matrimonio” (STS de 24 de mayo de 1994, A. 3753) con otras “entre personas que pudieron contraer matrimonio” (STS de 24 de diciembre de 1994, A. 8946) (7). En palabras de la SAP de Madrid de 28 de marzo de 1995 (AC. 879), se incluirían “todos los supuestos en los que se acredite la convivencia *more uxorio*, tanto si a sus miembros les

(5) No hay que olvidar que, por ejemplo, en la LAU se equiparan, a los efectos del derecho de subrogación *mortis causa* en el arrendamiento, las parejas heterosexuales a las homosexuales —“con independencia de su orientación sexual”, dice el artículo 16.1 b)— y que la Ley catalana 10/98, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (DOGC núm. 2687, de 23 de julio de 1998) regula, prácticamente en idénticos términos, las parejas homosexuales (arts. 19 a 35 de la Ley).

(6) Antes señalaba la sentencia: “Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos estima que, a pesar de la evolución contemporánea de las mentalidades en cuanto a la homosexualidad, las relaciones homosexuales duraderas no están comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho al respeto de la vida familiar, protegido por el artículo 8 de su Convenio [...] y que las disposiciones nacionales que, a efectos de protección de la familia, dan un trato más favorable a las personas casadas y a las personas de distinto sexo que conviven como marido y mujer que el que dispensan a las personas del mismo sexo que mantienen relaciones duraderas, no son contrarias al artículo 14 del Convenio, que prohíbe las discriminaciones por razón de sexo”. (STJCE 17 de febrero de 1998, AJA n.º 332, 1998).

(7) Tampoco el hecho de que uno de los convivientes sea viudo y cobre la pensión de viudedad no es óbice para la apreciación de la pareja de hecho (SAP de Madrid de 28 de marzo de 1995, AC. 879).

hubiera resultado posible contraer matrimonio entre sí como si así no fuera" (8).

— *Requisitos objetivos: la convivencia*

En este requisito encuentra su fundamento la pareja de hecho, que como situación fáctica que es, sustituye el acto solemne de la emisión del consentimiento por el hecho diario de la convivencia, como punto nuclear de su formación y de la proyección de su eficacia jurídica.

La convivencia potencialmente constitutiva de las uniones de hecho es una convivencia "diaria, estable y duradera" (STS de 24 de diciembre de 1994, A. 8946) o por lo menos "con vocación de permanencia en el tiempo" (SAP de Asturias de 16 de enero de 1993, AC. 103). La jurisprudencia exige, entonces, cierta permanencia consolidada a lo largo del tiempo, "sin perjuicio de separaciones ocasionales" (SAP de Granada de 5 de marzo de 1996, AC. 515); pero no prescribe plazos concretos de duración. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de octubre de 1992 (A. 8589), no dudó en calificar de unión de hecho una corta relación convivencial (de apenas dos años), aunque en resoluciones posteriores parece mostrar cierta preferencia por las más duraderas: "[...] esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho, máxime las de larga duración, como la presente, pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación" (STS de 20 de octubre de 1994, A. 7493); siendo, por supuesto, la duración un sólido argumento a tener en cuenta para afirmar la estabilidad de la unión ("[...] estable y duradera puesto que alcanzó catorce años", STS de 24 de diciembre de 1994, A. 8946).

(8) Lo que puede suceder es que, en ciertas ocasiones, la imposibilidad de contraer matrimonio entre la pareja de hecho —relacionado generalmente con la dificultad de uno de los miembros o de ambos de conseguir la disolución de anteriores matrimonios— puede ser causa de la producción de efectos jurídicos diversos. Por ejemplo, la reciente STC de 13 de julio de 1998, anuló una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (que había denegado la subrogación en el arrendamiento de un conviviente por abandono del otro conviviente arrendatario) por considerar que "al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron *more uxorio* lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, deben reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial". En idéntica causa se basa la atribución de la pensión de viudedad en el único caso que no es preceptivo el estado matrimonial (vid. art. 160 y disposición adicional 10.^a de la LGSS).

En definitiva, como señala el Tribunal Constitucional, es preciso la existencia de una "unidad de convivencia estable" (STC 184/1990, de 15 de noviembre).

Al lado de la estabilidad y vocación de permanencia, como características ineludibles de la convivencia para poder hablar de parejas de hecho, la jurisprudencia reclama también que aquella tenga "naturaleza *cuasi* matrimonial" (STS de 22 de julio de 1993, A. 6274). Es decir, la convivencia estable entre hombre y mujer ha de configurarse precisamente como si fueran "marido y mujer" (SAP de Baleares de 25 de noviembre de 1996, AC. 2197), "al modo matrimonial" (STS de 16 de diciembre de 1996, A. 9020), "como si de un matrimonio de hecho se tratase" (SAP de Asturias de 16 de enero de 1993, AC. 103), y ello porque las uniones de hecho, en palabras del magistrado Almagro Nosete (ponente de la citada STS de 16 de diciembre de 1996), "en realidad suponen en unos casos una alternativa al matrimonio, y, en otros, una preparación al matrimonio que se contempla como culminación de la satisfactoria convivencia".

Si esto es así, si la convivencia de la pareja de hecho debe ser "al modo matrimonial", o sea, "entendida como una relación a semejanza de la matrimonial" (STS de 10 de marzo de 1998, A. 1272) se exigirá, naturalmente, que entre los convivientes exista "relación sexual ('monogámica', añade la STS de 24 de diciembre de 1994, A. 8946) y *affectio maritalis*" (STS de 30 de diciembre de 1994, A. 10391) (9). La presencia de "vínculos de afectividad análogos a la relación conyugal" (SAP de Cantabria de 29 de julio de 1996, AC. 365), o "vínculos de solidaridad y de apoyo mutuo" (SAP de Córdoba de 29 de abril de 1998, AC. 786) o "vínculos afectivos" (SAP de Pontevedra de 25 de

(9) Acerca al requisito de la posibilidad de mantener relaciones sexuales que exigiría la convivencia *more uxorio*, la SAP de Toledo 2 de noviembre de 1994 (AC. 2102), advierte lo siguiente: "[...] las relaciones sexuales no constituyen obviamente un requisito de la convivencia matrimonial, pues ello implicaría que la misma cesa cuando lo hace la aptitud de los cónyuges para mantenerlas, lo que puede ocurrir por propia determinación de la voluntad de uno o de ambos como a causa de otros factores como la edad o el estado físico de los esposos, sin que en tales supuestos sea admisible negar esta convivencia; además, las relaciones de tal carácter no se restringen al acto del coito, por lo que, en principio, nada impide el mantenimiento de tal clase de relaciones con independencia del estado de salud. Pero, por el contrario, tampoco la existencia de contactos sexuales, cualquiera que sea su naturaleza, es sinónimo de convivencia matrimonial, puesto que es perfectamente concebible la existencia de aquéllos sin ningún otro tipo de aditamento típico de ésta". (La sentencia citada trataba de ponderar la compatibilidad de la incapacidad de uno de los convivientes (permanente absoluta) con la existencia de una convivencia *more uxorio*, llegando a una conclusión afirmativa).

octubre de 1994, AC. 1808) o “una *affectio* recíproca” (STS de 20 de octubre de 1997, A. 7341), como quiera que sea su formulación, ha de cualificar la convivencia (10), en aras de excluir del concepto relaciones convivenciales de mera amistad (*v.gr.* SAP de Madrid de 24 de abril de 1998, AC. 1034) (11) u otras no análogas a las conyugales (*vid.* por ejemplo, la SAP de Pontevedra de 29 de abril de 1994, AC. 630) (12).

Como última condición de la convivencia, la jurisprudencia es unánime al reivindicar su práctica “de forma externa y pública” (STS de 18 de mayo de 1992, A. 4907) o “su reconocimiento social” (STS de 16 de diciembre de 1996, A. 9020), es decir, “la proyección pública de la comunidad de vida e intereses de sus miembros que lleguen a asemejarlas a las familias matrimoniales” (SAP de Asturias de 4 de noviembre de 1994, AC. 2005). En otras palabras, “el carácter público y notorio de la probada convivencia, si bien con ausencia de forma” (SAP de Córdoba de 15 de junio de 1992, AC. 924). Y para constatar dicha publicidad, se suelen especificar alguno de sus medios: la actuación conjunta de los interesados (SAP de Asturias de 18 de febrero de 1998, AC. 283); “la proyección bien concretada de actividades en común, como el reconocimiento legal de su hija a la que mantuvieron y educaron; la existencia y manejo de cuentas bancarias y la compra de bienes producto de sus actividades negociales compartidas” (STS de 18 de mayo de 1992, A. 4907; también *vid.* STS de 18 de marzo de 1995, A. 1962) (13).

(10) Los vínculos afectivos han de cualificar la convivencia pero tampoco se pueden dar de forma aislada, tal y como señala la STS de 18 de noviembre de 1994 (A. 8777): “[...] pues de lo actuado se comprueba que la convivencia no se redujo a los aspectos sentimentales o sexuales, sino que durante el tiempo de vida en común, la demandada gestionó los negocios del señor G. que se encontraba aquejado de las dolencias que terminaron por causarle la muerte, y asimismo le atendió en su enfermedad [...] lo que constituyen una serie de atenciones [...] cuya presencia desdibuja la imagen de la simple concubina o “maitresse” que los actores pretendían ver en la demandada”.

(11) Dice la SAP de Madrid de 24 de abril de 1998 (AC. 1034): “[...] esta Sala estima no aparece probado concurra en el caso de autos, si bien aparece reconocida la existencia de una relación de amistad entre demandante y demandado, no extrayéndose del contenido de la resultancia probatoria que esa relación tuviera intensidad tal para integrar una convivencia ‘more uxorio’ en los términos más arriba indicados [...]”.

(12) En esta resolución se desestima la calificación de pareja de hecho a la “convivencia forjada sobre una relación derivada de la prestación del servicio doméstico, desarrollada a lo largo de muchos años, lo que genera una lógica situación de confianza mutua que justifica y explica la asistencia y cuidados dispensados en los últimos años de la vida del arrendatario”. (SAP de Pontevedra de 29 de abril de 1996, AC. 630).

(13) La exigencia de la apariencia externa de la pareja de hecho guarda estrecha relación con la prueba de la convivencia. Sobre este particular la jurisprudencia se

— *El fin de la convivencia: la creación de “una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”* (14)

La constitución de una “comunidad de vida en el núcleo de un mismo hogar” (SAP de Asturias de 16 de enero de 1993, AC. 103), o de una “unidad familiar básica” (SAP de Cantabria de 29 de julio de 1996, AC. 1365), o de “un modelo de vida que coincide con el que acostumbran a realizar los cónyuges” (SAP de Madrid de 22 de marzo de 1995, AC. 885) se eleva en el fin último de la pareja de hecho, que, como colofón, para la STS de 11 de octubre de 1994 (A. 7476) se resumiría en el establecimiento, mediante estas uniones libres, de “una familia”.

El concepto de pareja de hecho analizado, con los requisitos comentados, constituye la referencia básica que se maneja por los Tribunales en defecto de una ley que expresamente establezca qué es una pareja de hecho. Destaca, en una primera aproximación, su nítido paralelismo con el concepto y el estatuto matrimonial, lo cual supone que se vengan excluyendo de aquella noción otras formas de convivencia que no respeten los aspectos básicos del matrimonio (homosexualidad, carácter no monogámico, etc.). La diferencia entre matrimonio y pareja de hecho, a juzgar por las consideraciones jurisprudenciales, estribaría en el modo de constituirse la pareja y no tanto en el modo de desarrollarse. De ahí la afirmación de la STS de 16 de diciembre de 1996 (A. 9020): “Dicha convivencia [...] creó una auténtica comunidad de intereses económicos, a más de naturales vínculos afectivos y de un claro reconocimiento social, de todo lo que se derivó en un estado de hecho semejante al generado por una unión matrimonial solemnizada legalmente.”

No obstante, este concepto de pareja de hecho sufre, a veces, ciertas modificaciones, en las hipótesis en las que una norma expresa reguladora de ciertos efectos para las uniones de hecho exija el cumplimiento de ciertos requisitos concretos o, por el contrario, exima la concurrencia de otros analizados. Es el caso, por ejemplo, del art. 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en el cual se determina que, para el beneficio de la subrogación *mortis causa* al conviviente, ha de acreditarse un plazo de dos años de convivencia (es decir, no bastaría única-

muestra flexible, siendo suficientes a tales efectos la confesión de los convivientes, la prueba testifical (vid. STS 27 de mayo de 1998, A. 3382), sin que documentos de carácter administrativo (v.gr. un certificado expedido por un secretario de Ayuntamiento — STS 18 de marzo de 1995, A. 1962) puedan desvirtuar aquellas pruebas (vid. SAP Madrid 28 de marzo de 1995, AC. 879).

(14) STS de 18 de mayo de 1992 (A. 4907).

mente estabilidad sino transcurso de este plazo) pero, por el contrario, es indiferente la orientación sexual de la pareja (entonces, el requisito de la heterosexualidad no se aplicaría).

III. NORMATIVA APLICABLE A LAS PAREJAS DE HECHO. ACERCA DE LA APLICACION ANALOGICA DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL MATRIMONIO

Como señala la STS de 18 de mayo de 1992 (A. 4907), "las uniones de hecho aunque están carentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por el Ordenamiento jurídico". Ya expusimos que las parejas de hecho configuran una realidad social jurídicamente reconocida y que su licitud es hoy indiscutible en nuestra jurisprudencia. Pero, además, el legislador, en cada vez más numerosas normas, tiene en cuenta expresamente la figura del conviviente de hecho o la realidad social de las parejas de hecho. Así, por ejemplo, los artículos 101, 108, 320.1.º del Código civil; la Disposición adicional 3.ª de la Ley 21/1987, en materia de adopción; el nuevo Código Penal; el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, entre otros preceptos, consideran de manera explícita la situación del que convive en una situación de análoga a la conyugal, para atribuirle efectos jurídicos, generalmente equiparándolo con la posición del esposo.

Sin embargo, tales disposiciones no conforman un régimen jurídico integral para las parejas de hecho, sino que sólo resuelven determinados puntos del problema dejando sin solución quizá los más conflictivos. Por consiguiente, la cuestión de cuál ha de ser la normativa a aplicar, es la fundamental a la que se enfrenta el juzgador ante las reclamaciones formuladas por los convivientes.

Uno de los recursos del juez para resolver el problema de la imprevisión del legislador nos conduce al artículo 4.º del Código civil, a la analogía. El juez podría integrar el vacío legal de las parejas de hecho con las normas reguladoras del matrimonio: aplicar la normativa matrimonial a los conflictos entre convivientes o frente a los convivientes. No obstante, como veremos, tal solución es sistemáticamente rechazada por nuestra jurisprudencia, y ello porque, pese a una tendencia unánime de pleno reconocimiento de la legalidad de las uniones de hecho, y aún convencidos de que la "familia de hecho" resulta tan protegible como la nacida en el seno de un matrimonio civil o canónico, el Tribunal Supremo coincide también en concebir las uniones de hecho como "situaciones no equivalentes al matrimonio" (STS

de 21 de octubre de 1992, A. 8589). Inequivalencia o no semejanza que obstaculizaría, en sí misma, la aplicación analógica del artículo 4.º del Código civil.

La exposición acerca de la inequivalencia entre el matrimonio y las parejas de hecho se origina en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando resuelve las numerosas cuestiones de inconstitucionalidad y recursos de amparo presentados sobre la posible vulneración del art. 14 CE en ciertas normas en las que el legislador no responde de la misma manera las pretensiones del cónyuge que las del conviviente de hecho. En especial, la STC 184/1990, de 15 de noviembre (15), citando, a su vez el ATC 156/1987, señala: "Es claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento [...]. Es cierto que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Pero lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14, sea acreedora del mismo tratamiento [...] que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza." Por ello, "cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica [...]".

Es así que matrimonio y pareja de hecho, según la doctrina del Tribunal Constitucional, no son realidades equivalentes, o, por lo menos, no tan equivalentes que determinen la inconstitucionalidad de normas que otorguen trato distinto a uno y a otra. Pero, al mismo tiempo, sí son tan equivalentes como para no considerar tampoco inconstitucionales y, por tanto, contrarias al art. 14 CE los preceptos (incluso, en idénticos supuestos fácticos) que equiparasen jurídicamente ambas realidades, tal

(15) Doctrina reiterada posteriormente en las SSTC 29/91, de 14 de febrero; 30/91, de 14 de febrero; 31/91 de 14 de febrero; 35/91 de 14 de febrero; 38/91, de 14 de febrero; 77/91, de 11 de abril; 29/92, de 9 de marzo; 66/94, de 28 de febrero.

y como se desprende de la STC 184/1990, ya citada: “Dicho lo que antecede, es cierto también que el legislador podría extender a las uniones estables, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad. Extensión que, de modo alguno, resulta vedada por el art. 14 ni encontraría obstáculos en los arts. 32 y 39 de la Constitución. [...] la opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible, por lo que es legítimo propugnar que la actual pensión de viudedad se extienda por el legislador a las uniones estables de hecho. Pero que dicha extensión sea constitucionalmente admisible no implica que la opción contraria, y actualmente vigente, no lo sea.”

Tal indeterminación en el tratamiento de las parejas de hecho por el Tribunal Constitucional —reconocida, incluso, en el Fundamento jurídico 2.º de la sentencia citada— ha implicado que mientras no se ha aceptado la inconstitucionalidad del art. 160 LGSS, se haya considerado inconstitucional el art. 58 de la antigua LAU que no consideraba al conviviente entre los beneficiarios del derecho de subrogación *mortis causa* en el arrendamiento (STC 222/1992, de 11 de diciembre); con las consiguientes críticas en el seno del Tribunal vertidas en dispares votos particulares.

En efecto, la STC 222/1992 parece inaugurar otra línea de interpretación de los artículos 39 y 14 CE, en relación, y sólo en relación, con la legislación arrendaticia: “Que el matrimonio y la convivencia matrimonial no son a todos los efectos ‘realidades equivalentes’ es algo, por otra parte, que ya dejó dicho este Tribunal [...] observando entonces el Tribunal que de aquella no equivalencia entre matrimonio y convivencia de hecho no se deducía necesariamente que ‘toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición que la Constitución garantiza en su artículo 14’. En el presente caso es discernible un elemento objetivo, de carácter fáctico, que impone la comparación entre dos usuarios legítimos de la vivienda arrendada, el viudo del arrendatario fallecido y quien con él haya convivido *more uxorio*, pues la Ley condiciona la subrogación en favor del cónyuge supérstite a la *convivencia* del fallecido (‘la mera convivencia’ dice el texto legal) [...]. La vida en común a la que se refiere el art. 58.1, *in fine*, no es sólo un requisito que permite aquí, como en otras regulaciones, reconocer la existencia de vínculos de dependencia y de afectividad entre el fallecido y su cónyuge [...]. Es también, junto a ello, la designación por la Ley de una precisa situación fáctica —haber vivido en un deter-

minado espacio físico con el titular del arrendamiento— que la norma toma en consideración para hacer posible, mediante la subrogación, una continuidad en la ocupación de la vivienda arrendada, en la que se ha desarrollado, precisamente, dicha convivencia. Esta, y no otra, es la situación protegida por la Ley mediante la subrogación [...].”

Pero es que en esta misma línea de razonamiento (en la protección de la convivencia) ya se fundamentaba, por ejemplo, el voto particular del magistrado De la Vega Benayas a la STC 29/1991, de 14 de febrero, que desestimaba el amparo a una conviviente en el supuesto de la pensión de viudedad: “Insisto en que no pretendo una equiparación de matrimonio y unión de hecho, sino sólo afirmar y sostener que algunos efectos de la situación de convivencia son exactos a los del matrimonio y por ello merecen el mismo trato jurídico, pese a la inexistencia de vínculo formal y legal y por la consideración de que la exigencia de este requisito no es razonable, ni se justifica desde el plano social, jurídico o constitucional, al menos, y con certeza, en el tema que nos ocupa de la pensión del viudo.”

Quizá, por todo ello, el magistrado Rodríguez Bereijo, en voto particular a la STC 222/1992 advertía su perplejidad: “A mi parecer, es difícilmente discernible que en corto espacio de tiempo de la evolución de nuestra jurisprudencia resulte constitucionalmente admisible (por no ser discriminatorio) que el legislador (art. 160 de la LGSS) no extienda el derecho a la pensión de viudedad a las uniones de hecho *more uxorio* (como así se declaró en la STC 184/1990) y en cambio no lo sea cuando se trata del derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento que prevé el art. 58.1 de la LAU aquí cuestionado. Y sin que ello merezca explicación por parte del Tribunal Constitucional. Tratándose, como es el caso, de derechos análogos desde la perspectiva constitucional de su fundamento y finalidad. No será fácil entender — desde luego, para mí no lo es— por qué el Tribunal Constitucional reconoce ahora (cuando lo que está en juego es una concreta limitación del derecho de propiedad y de la autonomía privada) lo que negó entonces (cuando se trataba de un derecho de prestación a cargo de la Seguridad Social).”

En este estado de cosas, el Tribunal Supremo parece recoger literalmente los pronunciamientos del Tribunal Constitucional de la inequivalencia del matrimonio y de la pareja de hecho para fundamentar, asimismo, sin mayores explicaciones, la continua negativa a la aplicación analógica de la normas del matrimonio a los problemas suscitados por la pareja de hecho, como lo demuestran los siguientes extractos de la jurisprudencia:

"[...] dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (STC 184/1990 y Auto 156/1987) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues lo que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma" (STS de 21 de octubre de 1992, A. 8589).

"La primera razón esgrimida, auténtico fundamento del motivo, es que la sentencia viola el artículo 4 del Código civil al no aplicar analógicamente las normas matrimoniales. El argumento decae porque no se da la identidad de razón con una institución como la matrimonial de la que además no quisieron participar" (STS de 27 de mayo de 1994, A. 3753).

"[...] pues aun reconociendo el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y la posibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución" (STS de 11 de octubre de 1994, A. 7476).

"La protección social y jurídica de la familia a que se refiere el art. 39.1 de la Constitución no permite aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho como reiteradamente ha dicho esta Sala [...]". (STS de 20 de octubre de 1994, A. 7492).

"[...] desde el momento que el examen analógico-comparativo de las uniones de hecho y las matrimoniales nos ofrecen unas considerables diferencias; así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil; las segundas no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones [...]. Pero es que, además, en contra de dicha aplicación analógica, ha de tenerse en cuenta que lo pregonado en el art. 14 de la CE es que la aplicación de la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquéllos respecto de los cuales se reclame se encuentren en la misma situación, sin que pueda establecerse diferencia ninguna por razón de las personas o circunstancias que no están presentes en la norma [...]. Consiguientemente, la aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico-matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y

constitutivos de las mismas; por ello su aplicación no puede extenderse a aquellos casos que constituyen un límite racional en el sentido y espíritu de la norma que se pretende aplicar [...]” (STS de 30 de diciembre de 1994, A. 10391).

“[...] siguiendo la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha rechazado esa pretendida aplicación de normas que están fundadas sobre el matrimonio” (STS de 4 de marzo de 1997, A.1649).

La aplicación analógica —como recurso que solventara el problema de la ajuridicidad de las parejas de hecho— se viene descartando, de esta forma, por el Tribunal Supremo, con la salvedad, como comprobaremos, de las relaciones paterno filiales en el seno de la pareja de hecho, las cuales se regulan por las normas previstas para tales relaciones en la familia matrimonial, incluso en los casos de ruptura de la pareja. Es decir, que pese a la caracterización de la pareja de hecho por la propia jurisprudencia “al modo matrimonial”, tal y como indicábamos al examinar su concepto, esta misma jurisprudencia niega después ese parecido, esa equivalencia (“la identidad de razón”, del art. 4.º1 Cc.), para así rechazar toda suerte de analogía. Y siempre tomando como argumento y cita, a nuestro juicio, de forma insuficiente, la doctrina y pronunciamientos del Tribunal Constitucional al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad y recursos de amparo.

Porque creemos que una cosa es que matrimonio y unión de hecho no sean realidades tan equivalentes para justificar la inconstitucionalidad de una norma concreta que traten a ambas figuras de forma dispar y, por tanto, para vulnerar el art. 14 CE, y otra es que tal desigualdad implique automáticamente (como parece desprenderse del razonamiento del Tribunal Supremo) la inoperancia del recurso analógico (*sobre todo cuando el propio Tribunal Constitucional también matizó que la opción contraria, el tratamiento par, no era inconstitucional*) (16).

Coincidimos con la profesora Valpuesta, comentando la STS de 22 de julio de 1993 (17) —aunque puede, a nuestro entender, extenderse a las sentencias anteriormente citadas—, en que “de la lectura del

(16) Es decir, que al legislador le asiste “un amplio margen de configuración de las distintas formas de convivencia”, aunque, “la regulación desigual de lo diferente sólo es constitucionalmente lícita cuando se ajusta a las exigencias derivadas del derecho de igualdad” (STC 13 de julio de 1998).

(17) VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., “Comentario a la STS de 22 de julio de 1993”, en C.C.J.C., n.º 33, 1993, p. 989.

Fundamento jurídico se desprende cierta identificación entre la integración analógica y el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. Al respecto, entendemos que si bien el mencionado principio está en la razón última de la analogía, su ámbito de aplicación desborda los límites estrictos que para el principio de igualdad ha fijado la jurisprudencia constitucional; de tal forma que puede ser que la aplicación analógica venga impuesta por el precepto constitucional cuando su no aplicación implique un trato no discriminatorio; puede ser, incluso, que el artículo 14 vete la analogía cuando la misma conduzca a un trato igualatorio entre situaciones que no pueden ser tratadas de la misma forma; pero, entre un extremo y otro, la integración analógica tiene un campo propio de actuación marcado por los requisitos de semejanza e identidad de razón, a los que se refiere el art. 4.1 C.c.”.

Un problema es la aplicación del Derecho y otro el juicio sobre la inconstitucionalidad de una norma. Buscar una solución a un supuesto de hecho no regulado por el Derecho a través de la analogía fundamentándose en la semejanza con otro sí contemplado no es lo mismo que excluir una norma del Ordenamiento jurídico o estimar un recurso de amparo por considerar que aquella contradice el art. 14 de la CE (18). Ambas operaciones no han de venir inspiradas en idénticos argumentos y, a nuestro entender, el fundamento de la no inconstitucionalidad por no vulnerar el art. 14 CE no sirve, o, por lo menos, no es suficiente o necesario, para la no aplicación analógica. Aún más, en los supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha declarado la no inconstitucionalidad de los preceptos que otorgan un trato diferente (*v.gr.* en las pensiones de viudedad) no sería indefendible la aplicación analógica (19).

Con todo ello no pretendemos tomar partido por la aplicación analógica de las normas del matrimonio a la pareja de hecho sino atraer la atención acerca de los escasos y escuetos razonamientos jurisprudenciales que, amparándose en la tan manida frase “la unión de hecho no

(18) En un sentido ligeramente diferente pero aludiendo a la misma problemática, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1995, p. 110.

(19) Así en un voto particular a la STC 29/91, de 14 de febrero, el magistrado De la Vega Benayas señala: “Habría, sin embargo, la posibilidad de entender su fallo *favorabilia amplianda* no como una cláusula de cierre absoluto, que permitiera la aplicación del art. 160 LGSS a cada situación concreta y en méritos de la misma. Solución que, además, sería más aceptable que la de remitir al legislador —como hizo la Sentencia de Pleno— la tarea de regular el supuesto”.

es una situación equivalente al matrimonio”, zanján negativamente la aplicación analógica de las normas del matrimonio (20).

Si uno de los recursos del juez ante la ajuridicidad de las parejas de hecho era la aplicación analógica de las normas del matrimonio, descartada como vimos por la jurisprudencia de forma mayoritaria, otra vía para la solución del problema se propone recientemente en la STS de 10 de marzo de 1998 (A. 1272). En ella se postula “acudir a los principios generales del Derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el Ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo”. Y, en particular, acudir al principio general “de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la person; artículo 14, principio de igualdad; artículo 39, principio de protección de la familia), de normas de Derecho privado, como el Código civil (el propio artículo 96 [cuya aplicación analógica era invocada]) y la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, cuyo artículo 16.1.b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente, de las sentencias del Tribunal Constitucional y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que

(20) Otras sentencias justifican desde otras perspectivas la inaplicación analógica. Para la STS de 21 de octubre de 1992 (A. 8589) a la inidentidad entre matrimonio y parejas de hecho, se le une un argumento de pleno respeto por una presunta voluntad de los convivientes: “los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma”; argumento que es utilizado también por la SAP de Madrid de 22 de marzo de 1995 (A. 885): “La aplicación analógica a las uniones extramatrimoniales de la normativa matrimonial constituiría una flagrante violación del principio de libertad individual que constituye uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Pues, si en una sociedad democrática los ciudadanos son libres para elegir la forma en la que desean articular su convivencia, unión matrimonial o extramatrimonial, constituiría una verdadera estafa para la libertad individual si, después de optar por la unión extramatrimonial, se les aplicara la regulación jurídica de la unión matrimonial. Se les impondrían unos efectos jurídicos que, en su momento, los convivientes no han querido”. Por su parte, la STS de 30 de diciembre de 1994 (A. 10391) asoma la tesis de la inexistencia de una verdadera laguna legal que amparara el recurso analógico: “Por último, sólo nos queda añadir que la inexistencia de regulación legal sobre las uniones de hecho no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza exansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al respeto al libre albedrío, al libre arbitrio o facultad del hombre para pronunciarse o gobernarse en uno u otro sentido [...] de tal manera que someter su voluntad al establecer una situación *de facto* a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica puede constituir un ataque frontal contra su libertad”. *Vid.*, en este punto el comentario de VATTIER FUENZALIDA a la sentencia citada en C.C.J.C., n.º 38, 1995, pp. 643 y ss.

prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado”.

Esta sentencia supone la primera formulación del principio general de protección al conviviente perjudicado, que, dada su no positivación sino su inducción de otras normas y de la doctrina jurisprudencial, nos invita a la reflexión cautelosa que procede ante estos casos: la duda de si verdaderamente estamos ante un principio que merezca dicha conceptualización o ante una decisión fundamentada en puras convicciones personales de moralidad o justicia de quien aplica el Derecho (21).

Lo cierto es que la duda persiste. Primero, porque es discutible el método empleado por el Tribunal Supremo para inferir el pretendido principio, aunque sólo sea en cuanto que no ha tenido en cuenta todas las normas del sistema sino sólo algunas que ha seleccionado para, precisamente, extraer tal principio (22). La relatividad del procedimiento lógico se acentúa si entendemos que el principio general del Derecho de familia en nuestro Ordenamiento es el que viene dado por la situación matrimonial, siendo lo demás excepcional (23), de lo que resultaría que se estaría extrayendo un principio general de normas excepcionales. Y segundo, porque si la función normativa de los principios generales fundamenta su cometido en la resolución de la cuestión de las lagunas del Derecho (24), la sentencia que ahora comentamos ignoraría otros pronunciamientos de su propia Sala que advertían que el vacío legal, en la concreta materia de las parejas de hecho, no equivale a laguna legal (vid. STS de 30 de diciembre de 1994, A. 10391), sino que estaríamos ante lo que Larenz denominaba “silencio elocuente” de la ley (25). Flaco favor se le haría al Derecho si la negativa del legislador (o de los propios convivientes) a dotar de efectos a cierta situación fáctica fuera sustituida por la creación de principios y normas por los jueces.

En todo caso, en tanto la doctrina de la STS de 10 de marzo de 1998 no se consolide, los Tribunales españoles han dado preferencia a la autonomía privada de los convivientes. Los pactos expuestos o tácitos

(21) Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, 9.ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1998, p. 143.

(22) Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 142.

(23) Cfr. LACRUZ, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, 3.ª ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1990, T.IV-1.º, p. 30.

(24) Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Madrid, Ed. Civitas, 1984, T.I, p. 429.

(25) Cfr. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona, Ed. Ariel, 1994, p. 363.

establecidos entre los miembros de la pareja de hecho, si los hay, configuran, sobre todo en el aspecto patrimonial, la fuente normativa más alegada y más atendida por la jurisprudencia. En defecto de expresión de la voluntad o para integrarla, se recurre a normas no específicas del matrimonio (por ejemplo, comunidad de bienes o contrato de sociedad) o a teorías jurídicas de aplicación general (por ejemplo, la doctrina del enriquecimiento injusto) para hacer frente a algunas reclamaciones que surjan en el seno de la convivencia *more uxorio*.

La articulación de estas fuentes normativas se expondrá a continuación.

IV. EFECTOS JURIDICOS DE LAS PAREJAS DE HECHO (RECONOCIDOS POR LA JURISPRUDENCIA)

1. *Efectos personales entre convivientes*

Los artículos 66 y siguientes del Código civil, bajo el título “*De los derechos y deberes conyugales*”, diseñan el régimen jurídico personal al que, por mandato de la ley se someten marido y mujer tras el matrimonio, configurando lo que se ha denominado *status* matrimonial. El principio de igualdad en derechos y deberes (art. 66), el deber de respeto y ayuda mutua y de actuar en interés de la familia (art. 67), el deber de convivencia (art. 68) y su presunción (art. 69), el deber de fidelidad y socorro (art. 68) y la regla de la determinación por acuerdo del domicilio conyugal (art. 71) constituyen los derechos y deberes de carácter no patrimonial entre cónyuges.

Lo que trataremos de averiguar es si tales derechos y deberes pueden ser aplicables a las parejas de hecho. Esto es, si la jurisprudencia ha evitado en este punto concreto la doctrina general que acabamos de examinar y ha considerado que los efectos jurídicos de los artículos 66 y siguientes del Código civil son extrapolables a las uniones no matrimoniales.

La STC 184/1990, de 15 de noviembre, señalaba: “El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio.”

Aun sin referirse expresamente a los derechos y deberes que configuran el estatuto personal del cónyuge (el Tribunal Constitucional resolvía acerca de la compatibilidad de las pensiones de viudedad con

la figura del conviviente de hecho supérstite), lo cierto es que aquí no se descartaría la aplicación de los derechos y deberes, en general, de los cónyuges a los convivientes, a pesar de contemplarla como efecto no necesario o no jurídicamente necesario. Dejaría la puerta abierta a aplicaciones analógicas, si bien no *ope legis*, de las normas comentadas.

Pese a todo, la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo ha cerrado esa puerta y opta por la no aplicación del estatuto personal de cónyuge al mero conviviente. Dice la STS de 21 de octubre de 1992 (A. 8589): "La unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio y, al no serlo, no pueden ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones *personales* y patrimoniales entre convivientes) la normativa reguladora de éste, pues lo que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma."

Insiste en la misma idea la STS de 22 de julio de 1993 (A. 6274), al señalar que "desde el momento en que el examen analógico-comparativo de las uniones de hecho y las matrimoniales nos ofrecen unas considerables diferencias; así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial canónico o civil, las segundas no, lo que da lugar a que respecto a éstas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, tal acontece con el *status iuris* de casado/a, que tampoco es de aplicación a las uniones *more uxorio*". (En idéntico sentido, *vid.* STS de 30 de diciembre de 1994, A. 10391.) La STS de 24 de noviembre de 1994 (A. 8946), por su parte, declara: "Debe respetarse la decisión personal, libremente tomada de unirse, prescindiendo de vínculo legal del matrimonio, y declarar que tales uniones son instituciones sustancialmente distintas, en cuanto a la generación de derechos y deberes *interpersonales* y patrimoniales." Y, como conclusión, la STS de 4 de marzo de 1997: "[...] ninguna obligación legal pesa sobre los convivientes que, en uso de su libertad, han optado por esa forma de unión, no sujetándose al cúmulo de derechos y deberes que componen el estado civil de casado".

A pesar de lo genérico de los pronunciamientos, se puede colegir que, a juicio del Tribunal Supremo, los derechos y deberes dimanantes de los artículos 66 y siguientes del Código civil, los que configuran el *status* jurídico de casado, o, en otras palabras, los derechos y deberes interpersonales, no son aplicables a las parejas de hecho, o, por lo menos, como señalaba la sentencia citada del Tribunal Constitucional, no de forma jurídicamente necesaria. Otra cosa, obviamente, es que en la práctica, en la convivencia cotidiana de las parejas de hecho, se

constate, como se ha advertido desde la doctrina (26), el cumplimiento de tales deberes y el ejercicio de tales derechos pero *de forma voluntaria*, esto es, no exigibles —ni el cumplimiento ni el ejercicio— jurídicamente y tampoco protegidos desde el Ordenamiento jurídico.

En efecto, si comparamos los derechos y deberes interpersonales con el propio concepto de las parejas de hecho, comprobaremos que su contenido (convivencia, fidelidad, ayuda mutua, etc.) coincide básicamente con los requisitos subjetivos y objetivos de las uniones paramatrimoniales, y ello porque, tal y como vimos, la jurisprudencia concibe tales parejas “al modo matrimonial”, reflejando, como no podía ser de otra forma para esta concepción, el estatuto matrimonial en la propia estructura de aquéllas. La única diferencia es que, en el caso de las uniones de hecho, tales deberes y derechos funcionan como características y no como obligaciones exigibles jurídicamente, o, mejor, no como deberes cuyo incumplimiento produce determinadas consecuencias jurídicas (27). De este modo, si se cumplen tales requisitos estaremos ante una pareja de hecho, si no, simplemente tal figura se desvanecerá.

Así, por ejemplo, la transcendencia de la convivencia en cuanto deber, sobre todo como causa de separación (art. 82.1.º Cc.) y como punto de referencia en procesos de separación (arts. 83, 86 y 105 Cc.) obviamente no existe, ni tiene sentido que exista; la transcendencia de la convivencia como valor digno de tutela jurídica (precisamente por constituir un deber matrimonial), por ejemplo, en el denominado “turno de consorte”, no será extrapolable a las parejas de hecho, al no constituir aquélla un deber de los convivientes (sino una mera facultad) (28); y, finalmente, la presunción de la convivencia del art. 69 Cc.,

(26) Vid., por ejemplo, ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, 2.ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 1991, p. 56 y ss. y LLEBARÍA SAMPER, S., *Hacia la familia no matrimonial...*, op. cit., p. 112.

(27) Tradicionalmente se ha matizado la naturaleza de tales deberes y derechos de los artículos 66 y siguientes del Código civil, al señalar que no configuran obligaciones en sentido propio. Cfr. AA.VV., *Derecho de familia*, 2.ª ed, coord. por A. López y V. Montés, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1995, p. 68. En sentido diferente, LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho civil*, op. cit., T.IV-1.º, p. 135.

(28) Dos sentencias del Tribunal Constitucional, la 192/91, de 14 de octubre, y la 200/91, de 28 de octubre, trataron precisamente de la constitucionalidad —y, por ende, de la no contravención del principio de igualdad— del denominado “turno de consorte” —derecho del “cónyuge” funcionario que implica la preferencia de ocupar plaza vacante en la ciudad de residencia de su cónyuge—, regulado actualmente en el art. 44.2 del RD 364/95, de 10 de marzo, que aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración

tampoco existe: ha de probarse efectivamente el requisito de la vida en común en la unión libre.

2. Efectos respecto de los hijos

Desde la invocación del principio constitucional de la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de cual sea su filiación, del principio, también constitucional, de protección a la familia y desde la más genérica del *favor minoris*, los Tribunales han equiparado el tratamiento jurídico de las relaciones (verticales) padres-hijos en los casos de que los progenitores sean matrimonio o formen una pareja de hecho (o incluso, en los supuestos de ausencia de una y otra figura), es decir, con independencia de cuales sean las relaciones (horizontales) entre los padres.

La ya citada STC 184/1990, de 15 de noviembre, confirmaba nítidamente esta solución: “[...] y que diferencia es supuesto constituido por las medidas que afectan sólo a los integrantes de dicha unión respecto de otras previsiones normativas que tienen como destinatarios a los hijos, ya que éstos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2 de la Constitución) y a los cuales, habidos dentro o fuera del matrimonio, los padres deben prestar asistencia de todo orden (art. 39.3 de la Constitución), precisamente, y entre otros motivos, porque su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos”.

Así las cosas, las disposiciones que regulan la patria potestad (arts. 154 y ss. y concordantes del Cc.) son aplicables a las relaciones paterno filiales, al margen de su existencia en familias matrimoniales o no matrimoniales y con independencia, asimismo, de su origen natural o adoptivo.

Con respecto a la adopción, y como puede acontecer que el conviviente de hecho proceda a adoptar al hijo natural de su pareja, la juris-

General del Estado. En particular, la STC 192/91, indicaba que: “La desigualdad que en orden a la provisión de vacantes mediante concurso introduce la norma cuestionada se apoya en efecto, en un derecho específico que encuentra plena justificación y razonabilidad desde la consideración de otros bienes jurídicos, como es la familia, cuya protección social, económica y jurídica debe ser asegurada por los Poderes Públicos (art. 39.1 CE), lo que, entre otras manifestaciones, comporta el que éstos favorezcan, eliminando trabas, el cumplimiento del deber de convivencia al que se refiere el art. 68 del Código civil [...]”.

prudencia menor ha reconocido su legitimación activa para iniciar el expediente —sin necesidad de propuesta previa de la entidad pública—, aplicando analógicamente el art. 176.2.2.º Cc. (29) a los casos de convivencia estable con la madre del adoptando, sobre la base de la siguiente argumentación: “El principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución en relación con la tutela y protección de la familia dispensada por el artículo 39 de idéntico texto legal, impide otorgar un trato desigual y discriminatorio a las unidades familiares según éstas se asientan en la previa existencia o no de vínculo jurídico familiar [...]. Consecuencia inherente a los principios constitucionales citados es que cada vez con mayor profusión se recoja en la legislación ordinaria la extensión de los beneficios tradicionalmente reservados al cónyuge o consorte al conviviente ‘*more uxorio*’, cuando su razón de ser descansa en la subsistencia de una unión estable y duradera y como instrumento de tutela de ésta” (AAP de Cantabria de 29 de julio de 1996, AC. 1365; en el mismo sentido, *vid.* AAP de Castellón de 29 de julio de 1997, AC. 1428). Aunque, probablemente, la razón última de tal aplicación analógica sea la propia manifestación expresa del legislador en la Disposición adicional 3.ª de la Ley 21/1987: “*Las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán aplicables también al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal.*”

Claro que en el ámbito donde más se ha pronunciado la jurisprudencia (sobre todo la de las Audiencias Provinciales) es en el de las relaciones paterno-filiales tras la ruptura de la pareja de hecho. En este punto es doctrina constante la aplicación analógica de las medidas previstas por el legislador con respecto a los hijos para los casos de crisis matrimonial.

Dice la SAP de Valencia de 22 de julio de 1996 (AC. 1313): “El legislador ordinario configura las relaciones paterno-filiales en los arts. 108 y ss. y 154 y ss. del Código civil como un entramado de derechos y deberes cuya *ratio* está constituida por la educación y formación integral del menor. Con aplicación directa a los procesos de crisis matrimonial, pero susceptibles de aplicación analógica a todo proceso

(29) Dice el artículo 176.2.2.º del Código civil: “*Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad [...]. No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: [...] 2.º Ser hijo del consorte del adoptante.*”

donde se ventilen las mismas cuestiones, ya se trate de hijos matrimoniales o extramatrimoniales, los artículos 90, 91, 92, 93, 94 y 96, partiendo del principio esencial de que 'las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos', previenen lo necesario en relación con la patria potestad, la custodia, los alimentos, el régimen de visitas y la atribución del uso de la vivienda familiar, pudiéndose concretar como punto común de referencia la convivencia de los hijos, sus necesidades y la superioridad de su interés."

Es así que "las normas sustantivas reguladoras de las crisis matrimoniales sean aplicables a las relaciones paterno-filiales que se crean en las parejas de hecho, cuando se produce la ruptura de la convivencia" (AAP de Sevilla 23 de septiembre de 1994, AC. 1553), porque "los derechos y obligaciones establecidos para las uniones normales, alcanzan a las uniones extramatrimoniales, aunque no existe unión entre los progenitores, pues están establecidos a favor y en interés de los hijos [...]" (SAP de Jaén de 2 de julio de 1994, AC. 1230), o, en definitiva, como dice la SAP de Avila de 12 de diciembre de 1996 (AC. 480), porque "el espíritu de nuestro ordenamiento jurídico es que no se produzca distinción alguna al regular las relaciones paterno-filiales entre los hijos matrimoniales y los que no lo son".

Se hace patente la firme intención de los Tribunales de aplicar idénticas medidas para la protección de los hijos tras las crisis de pareja, sea ésta matrimonial o no matrimonial. Medidas patrimoniales y personales (las que conciernen a la regulación y atribución de la guarda y custodia, régimen de visitas, alimentos, vivienda familiar, etc.) que se han calificado de "naturaleza imperativa y que proceden aun de oficio" (SAP de Avila de 12 de diciembre de 1996, AC. 480) o "que están bajo la autoridad del juez, cuando no se cumplan por los progenitores" (SAP de Jaén de 2 de julio de 1994, AC. 1230), y cuyo cauce procesal adecuado, a juicio del AAP de Sevilla de 23 de septiembre de 1994 (AC. 1553) —dada la no especificación de este extremo en la LEC ni en las leyes 11/1981 ni 30/1981— "a) el juicio ordinario declarativo de menor cuantía, con posibilidad de adoptar medidas provisionales en pieza separada [...]; b) el juicio de alimentos provisionales de los arts. 1609 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando la reclamación a favor del hijo nacido de unión de hecho se limite únicamente a la prestación alimenticia; c) el expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con arreglo a las normas generales de los arts. 1.811 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de acudir ulteriormente a la vía ordinaria, merced al art. 1.981

[...] y al art. 158 del Código civil [...] (30). No pueden reputarse cauces procesales idóneos para resolver sobre las cuestiones expresadas [sigue el Auto], ni el juicio incidental de la Disposición adicional 5.^a de la Ley 30/1981, previsto exclusivamente para los supuestos de crisis matrimoniales, ni las medidas provisionales en relación con los hijos de familia, del Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...]. Y todos estos procedimientos en los que se discuten cuestiones que afectan a hijos menores han de contar ineludiblemente con la participación del Ministerio Fiscal, necesaria intervención que fue destacada por la SAP de Guadalajara de 16 de enero de 1995 (AC. 198).

Relacionado con la naturaleza de estas medidas relacionadas con los hijos, se ha resaltado que el carácter de *ius cogens* del derecho de alimentos para los hijos —aspecto que se escapa a la libre disponibilidad de los cónyuges y cuya fijación por éstos, aun en el convenio regulador de la crisis matrimonial, no vincula al juzgador (cfr. STS de 7 de diciembre de 1987)— es también aplicable a los convivientes de hecho en referencia a los eventuales pactos reguladores de las consecuencias de su ruptura. Así, se manifiesta la SAP de Baleares de 25 de noviembre de 1996 (AC. 2197), tras proclamar la plena validez de los pactos de contenido patrimonial que puedan, en virtud de la autonomía privada, efectuar los convivientes: “Sin embargo, otro debe ser el criterio cuando los unidos en una relación no matrimonial pactan sobre temas no sometidos totalmente a su disposición como son los alimentos de los hijos y cuantas medidas puedan afectarles directamente, ya que al igual que ocurre en el convenio regulador de la crisis matrimonial, dichas materias escapan a la libre disponibilidad de los cónyuges y ha de tomar parte, necesariamente, del contenido de sentencia que se dicte en un proceso de separación, nulidad o divorcio; y por ello cabe la aplicación analógica del artículo 90 del Código civil en cuanto regula los requisitos del convenio regulador para los casos de mutuo acuerdo en la regulación de los efectos derivados de la ruptura de la unión extramatrimonial en relación a los hijos habidos de la misma, que si bien, por lo dicho, no son vinculantes para el juzgador, sí sirven, por los menos, como criterio orientativo a la hora de adoptar las

(30) Véase, en este punto, el AAP de Navarra de 17 de enero de 1996 (AC. 152), en el cual, por el carácter de urgencia de las medidas a adoptar respecto de hijos extramatrimoniales, consideró plenamente adecuado el cauce procesal de jurisdicción voluntaria, frente al criterio de la parte apelante que mantenía la procedencia del trámite de menor cuantía, “lo que debe rechazarse [a juicio de la Audiencia] porque la naturaleza de las medidas a adoptar —en beneficio de los hijos y no del apelante— hacen preferible, cuando no preferente, y en cualquier caso ambivalente ambos procedimientos”.

correspondientes medidas acerca de los alimentos, guarda y custodia, uso y disfrute de la vivienda familiar y ejercicio del derecho de visitas." (En el mismo sentido, SAP de Baleares de 4 de febrero de 1993, AC. 599).

Con parecidos argumentos la SAP de Guipúzcoa de 22 de febrero de 1995 (AC. 298), prescinde de las medidas acordadas por una pareja de hecho en un convenio, respecto de su hija menor: "El referido convenio, como negocio jurídico familiar y tener por objeto derechos y deberes irrenunciables de patria potestad, guarda y custodia, derechos de visitas y alimentos de la hija, para alcanzar plenos efectos jurídicos, debió ser sometido al control tanto del Ministerio Fiscal como de la Autoridad Judicial, cosa que no se hizo, y aunque no puede implicar ello una nulidad absoluta del mismo y retrotraer todos los efectos producidos por él, lo cierto es que no era exigible ante los Tribunales ni puede dársele los plenos efectos a que nos referíamos anteriormente, constituyendo las medidas acordadas en este procedimiento medidas *ex novo* y no modificaciones de las contenidas en el convenio referido que no alcanzó virtualidad jurídica plena [...]".

Por lo demás, los criterios de determinación de las medidas patrimoniales o personales, su pertinencia y fundamentación, y la procedencia de las mismas con respecto a los hijos de las uniones extramatrimoniales en nada difieren con los supuestos de los hijos matrimoniales, ya que, tal y como vimos, se aplican analógicamente las normas del Código civil en la materia. Así, se prescinde de la culpabilidad para otorgar la guarda y custodia de los hijos, para atender sólo a lo que resulta más beneficioso para el menor (SAP de Córdoba de 29 de abril de 1998, AC. 786); el domicilio ha de corresponder al hijo por lo cual la atribución de la vivienda familiar es para el conviviente que obtenga su custodia (SAP de Córdoba de 29 de abril de 1998, AC. 786); "el progenitor extramatrimonial que no conviva con su hijo, sometido a la guarda y custodia del otro, está facultado para mantener relaciones de comunicación y visita con el menor, prudentemente acomodadas a las concretas circunstancias de la situación en la que éste se encuentre" (STS de 9 de octubre de 1982, A. 5548); el padre o madre que no tenga la custodia ha de contribuir a satisfacer los alimentos del hijo (SAP de Córdoba de 29 de abril de 1998, AC. 786); para fijar la cuantía de la obligación alimenticia debe atenderse al sistema de proporcionalidad de los artículos 146 y 147 del Cc. (SAP de Ciudad Real de 9 de febrero de 1996, AC. 265).

3. Efectos patrimoniales entre convivientes

Especial protagonismo, entre los pronunciamientos jurisprudenciales, tiene la regulación económica de las parejas de hecho, porque acaso sea el aspecto más problemático y litigioso entre los propios convivientes y entre los convivientes y terceros. Ante la inexistencia de disposiciones legales *ad hoc* que regulen el modo de disposición, atribución y reparto de bienes y de pago de deudas y, por supuesto, las consecuencias patrimoniales de la ruptura, que surgen también en la convivencia *more uxorio*, y ante la imposibilidad de aplicar el régimen económico previsto para el matrimonio, los Tribunales se han visto forzados a realizar una minuciosa labor interpretativa, con el apoyo de otras normas que regulan fenómenos patrimoniales diversos, teniendo en cuenta el caso concreto y basándose, en ocasiones, en criterios de justicia material.

El análisis de los efectos patrimoniales (reconocidos por la jurisprudencia) de las parejas de hecho lo estructuraremos en tres puntos, que coinciden con tres momentos de especial trascendencia del desarrollo de aquéllas. En el primero, haremos referencia a los efectos patrimoniales durante el período convivencial, intentando contestar al interrogante de cuál es la estructura u organización económica de la pareja de hecho. Y para ello nos detendremos —porque así lo ha hecho la jurisprudencia— en determinar el régimen económico de los convivientes y en analizar otras reglas que, constante la convivencia, se han aplicado por los Tribunales. El segundo punto a tratar coincide con el momento más controvertido de la pareja de hecho: su ruptura. Las consecuencias económicas de la extinción de la unión por la voluntad, ya unilateral ya bilateral, de sus miembros serán examinadas a la luz de las sentencias de los Tribunales en orden a determinar cuál es la versión de la jurisprudencia actual acerca de los efectos de las crisis de las uniones estables. Finalmente, la situación del conviviente superviviente ocupará el tercero de los apartados a tratar, en el cual se estudiarán temas ya clásicos dentro de la jurisprudencia de las parejas de hecho, entre los que destacan la subrogación en el contrato de arrendamiento, las pensiones por viudedad y las indemnizaciones por muerte del compañero.

A) Constante la convivencia

1) Régimen económico de la pareja de hecho

Como consecuencia de la inequivalencia entre matrimonio y pareja de hecho y, por tanto, la imposibilidad de aplicación analógica de las normas del uno a la otra, se descarta rotundamente, en el ámbito de la vida económica de los convivientes, la eventual aplicación de las normas contenidas en el Título III del Libro IV del Código civil, es decir, de las disposiciones relativas al “*Régimen económico matrimonial*”. En este punto, la jurisprudencia es pacífica al declarar “la imposible aplicación a estas uniones de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aun reconociendo sin limitación alguna el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y la posibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución” (STS de 11 de octubre de 1994, A. 7476, y en el mismo sentido, *vid.* SSTs de 21 de octubre de 1992, A. 8589; 11 de diciembre de 1992, A. 9733; 18 de febrero de 1993, A. 1246; 22 de julio de 1993, A. 6274; 27 de mayo de 1994, A. 3753; 30 de diciembre de 1994, A.10391; 18 de marzo de 1995, A. 1962; 4 de marzo de 1997, A. 1640, entre otras) (31).

Si no existe normativa que regule la vida económica de las parejas de hecho y si el recurso a la analogía está vedado, la voluntad de las partes, ya expresada en pactos o convenios, ya implícita en sus actuaciones en el devenir de la relación, es la principal fuente de regulación de la economía de los convivientes. La jurisprudencia así lo ha confirmado: “[...] de ahí que la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir, en estos casos, a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que patenten la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos o *facta concludentia* deben inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes todos o algunos de los bienes

(31) Matiza BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (“Comentario a la STS de 18 de febrero de 1993”, C.C.J.C., n.º 31, 1993, p. 227) que “este rechazo de equiparación con el matrimonio se extendería, en su caso, a cualquier otro régimen económico matrimonial supletorio de primer grado”. Y así lo entendió la SAP de Navarra de 24 de julio de 1995 (AC. 1470): “no es posible aplicar a las uniones *more uxorio* las normas reguladoras de la sociedad gananciales y por tanto tampoco las de la sociedad de conquistas que previene el Fuero Nuevo [...]”.

adquiridos durante la unión de hecho" (STS de 30 de diciembre de 1994, A. 10391).

La autonomía de los convivientes se configura como la norma principal de regulación económica de la pareja de hecho, y es a partir de ella, y de su manifestación en acuerdos expresos o en actuaciones de los miembros de la unión, desde donde se podrá construir —recurriendo, como veremos, a integrar esta voluntad con la normativa de otras figuras del Código civil (comunidad de bienes, contrato de sociedad, etc.)— la vida económica de la pareja de hecho. La *apriorística* ilicitud de los pactos patrimoniales, otrora propugnada desde la jurisprudencia basándose en la inmoralidad de la causa que los fundamentaba (32), decaería por el pleno reconocimiento jurídico de la pareja de hecho ["es ajurídica pero no antijurídica" (33) o "hay que reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer" (34), son ejemplos recordatorios]. No obstante, para ser válidos y como cualquier acto de autonomía privada, tales regulaciones patrimoniales han de respetar los límites del artículo 1.255 del Código civil (en este sentido, *vid.* STS de 27 de mayo de 1998, A. 3382).

Llegados a este punto, cabe cuestionarse acerca de si los convivientes, apelando a su autonomía privada, pudieran convenir aplicar a sus relaciones económicas de pareja las reglas de la sociedad de gananciales, sometiéndose expresamente a los artículos 1.344 y siguientes del Código civil.

En sentido afirmativo parece pronunciarse la STS de 18 de mayo de 1992 (A. 4907): "Pero ello no quiere decir que haya de rechazarse de plano la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régi-

(32) En la jurisprudencia anterior, cuando aún no se había reconocido la licitud de las uniones de hecho se pueden encontrar pronunciamientos que consideran ilícitos los pactos o convenios que pudieran tener lugar entre convivientes. Es el caso, por ejemplo, de la STS de 2 de abril de 1941, en la que se resolvía la licitud de un convenio por el cual se resolvía la ruptura de unas relaciones extramatrimoniales (entre un hombre casado y una mujer soltera) con el pacto de que la mujer percibiese la suma de 2.000 pesetas mensuales. La sentencia considera tal convenio como inmoral e ilícito: "[...] resulta indudable que el condicionar la parte actora la ruptura de un estado, no solo anormal sino contrario a las leyes y a los dictados de la moral menos exigente, a la entrega de una cantidad, prevaleciendo de la sugestión e influencia que ejercía sobre la voluntad de la otra parte, equivale a contratar sobre un acto inmoral e ilícito, estipulando el pago de una cantidad determinada a cambio de una obligación de hacer, consistente en dejar a aquella parte en libertad para el cumplimiento de sus deberes morales y legales [...]".

(33) STS de 10 de marzo de 1998 (A.1272).

(34) STS de 21 de octubre de 1992 (A. 8589).

men ganancial matrimonial, si expresamente se pacta [...]". También la STS de 21 de octubre de 1992 (A. 8589) deja la puerta abierta a una aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales si los convivientes lo desean: "[...] entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial no puede considerarse *automáticamente* aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por analogía *legis*, que aquí no se da, sino por analogía *iuris*) de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio, regula el Código civil, siempre que quede patentizado por pacto expreso o tácito (deducido de sus hechos concluyentes o inequívocos) [...]". Y, más recientemente, la STS de 4 de abril de 1997 señala: "Que la aplicación analógica de las normas del régimen de gananciales debe mantenerse cuando, en el caso del litigio, no existen elementos derivados de la propia conducta de los que así conviven determinante de la exclusión de esa aplicación analógica y ello por el sentido estricto con que debe entenderse cualquier juego extensivo del régimen de gananciales, pues si bien puede ser aplicable en las llamadas uniones de hecho o *more uxorio*, como se dice, ello habrá de ser cuando en la compulsa de la conducta concreta de la convivencia que ha presidido esta unión no aparezcan circunstancias de hecho, o, hasta instrumentos de pactos expresos suficientes que eliminen esta aplicación de reenvío."

Sin pretensiones de entrar a fondo sobre tan polémica cuestión, creemos oportuno reflexionar sobre el propio significado de la sociedad de gananciales en aras de interpretar las citadas resoluciones del Tribunal Supremo. Como es sabido, el régimen de gananciales no es simplemente un sistema de cotitularidad de las ganancias obtenidas por los cónyuges, sino que es una compleja estructura económica que alberga la coparticipación también en las deudas comunes y la responsabilidad solidaria del matrimonio en ciertos casos de actuaciones individuales de los esposos. ¿Tiene en cuenta este aspecto pasivo el Tribunal Supremo al insinuar la posibilidad de someter a la pareja de hecho al régimen de gananciales? ¿Pretende sugerir que, si esto fuera así, terceros acreedores podrían embargar patrimonio común de la pareja en caso de que los bienes del conviviente deudor no fueran suficientes? A nuestro juicio, no. O mejor, a nuestro entender, el Tribunal Supremo no ha considerado la transcendencia de sus insinuaciones (35). Más incauta es la última sentencia citada donde parece olvi-

(35) Desde otra perspectiva, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO ("Las parejas de

darse totalmente la doctrina del propio Tribunal hasta invertir los términos y sugerir que el principio general es la aplicación del régimen de gananciales y lo excepcional es su inaplicación.

En todo caso, de las circunstancias de cada caso concreto, de la existencia de pactos expresos o voluntades tácitas, es decir, de la autonomía privada de los convivientes, se puede inferir, de las sentencias analizadas, que la economía o la ordenación patrimonial de la pareja de hecho pasa, generalmente, por las siguientes formas:

— *Comunidad de bienes*

Es el supuesto más frecuente de regulación económica común de las parejas de hecho, por lo menos, con respecto a determinados bienes de la unión. Por ejemplo, en la STS de 18 de mayo de 1992 (A. 4907) se apreció “un patrimonio compartido en indiviso, con participación igualitaria”, dada la actuación conjunta de los convivientes en orden a la adquisición de bienes y caudales, durante largo años de su convivencia, “aunque los inmuebles figuraran titulados en nombre del recurrente”.

Para el reconocimiento de las situaciones de condominio, no es preciso la concurrencia de un consentimiento expreso en orden a instituir tal comunidad, sino que bastan una serie de actos (*facta concludentia*) que permitan evidenciar “que fue la voluntad de ambos la que determinó el hacer comunes determinados bienes durante la vigencia de la unión” (STS de 11 de octubre de 1994, A. 7476). En la hipótesis de la sentencia anteriormente citada, “la existencia y manejo de cuentas bancarias y la compra de bienes producto de actividades negociales compartidas” fue prueba evidente de tal voluntad (36).

hecho”, *Aranzadi Civil*, n.º 1, 1992, p. 27) admite la posibilidad de que la sociedad de gananciales regule la vida patrimonial de la pareja de hecho si los convivientes lo han pactado expresamente, a pesar de interrogarse precisamente sobre los eventuales efectos frente a terceros de tal régimen. En sentido negativo, se manifiesta TORRES LANA (“De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas”, *Aranzadi Civil*, 1993-II, p. 2418): “acaso existan razones de orden público que, *ex artículo 1255 del Código Civil*, vedan la eficacia de una remisión genérica al régimen de gananciales fuera de su genuina sede matrimonial”.

(36) Para la SAP de Sevilla de 14 de mayo de 1996 (AC. 936), a pesar de no existir soporte documental, “nada forzado es en derecho reafirmar la existencia de un verdadero condominio y comunidad de bienes entre los litigantes referido al período de tiempo que duró tal unión [...] Y es lógico en derecho pensar que la existencia de un consentimiento tácito, dadas las características de la unión (hijos comunes, duración,

Tampoco es obstáculo para el reconocimiento de estas comunidades de bienes el hecho —frecuente— de que la titularidad de los bienes aparezca a favor de uno solo de los convivientes, ya que, como ha señalado el Tribunal Supremo: “Se trata de una titulación dominical fiduciaria, a la que se superpone la verdadera titularidad compartida con lo que en su día constituyó su pareja estable y en porciones igualitarias” (STS de 18 de mayo de 1992, A. 4907; en el mismo sentido, STS de 3 de julio de 1984, A. 3794) (37). Siguiendo esta misma línea, la SAP de Granada de 13 de marzo de 1995 (AC. 608) admitió la existencia de una comunidad respecto de ciertos bienes “de servicio doméstico (electrodomésticos, muebles, objetos de decoración) o de uso diario (pequeñas joyas)” ya que aunque fueron adquiridos por el actor (queda acreditado este extremo por las facturas de compra a su nombre), la Audiencia entendió tal adquisición se realizó “no con la finalidad de que solamente el actor dispusiera de ellos, sino para que ambos disfrutaran de los mismos, lo que impide calificarlos de titularidad exclusiva del actor”. Y, por tanto, desestima la acción reivindicatoria planteada por el demandante, sujetando a los bienes reclamados a la liquidación conforme a las normas de la comunidad de bienes.

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha entendido probada la existencia de una comunidad de bienes por referencia, incluso, a documentos de dudosa validez jurídica. Es el caso, por ejemplo, de la STS de 2 de septiembre de 1991 (A. 6042), que apoyó la calificación de proindiviso en una escritura de adquisición de un piso en la que los otorgantes (convivientes) se hacían pasar por marido y mujer y compraban aquella vivienda “para su sociedad conyugal”; falsedades que no impidieron la declaración de condominio sobre el piso: “[...] si bien [a tales expresiones] no se les ha de atribuir un sentido que ni de cerca ni de lejos implique la existencia de régimen ganancial alguno, fruto de una unión *de facto* o de la mera convivencia a que se ha aludido, no cabe negarle el significado, trascendente en el orden puramente econó-

negocio común, etc.) afecta a todos los bienes adquiridos en ese período, y que en la demanda se especifican, así como a todas las deudas compromisos adquiridos por ambos partícipes durante la vigencia de la misma unión”.

(37) No obstante, la STS 4 de abril de 1997 (A. 2731) sí le otorga un trascendente valor a la escritura pública del inmueble cuya propiedad (exclusiva o compartida) es objeto de litigio, a pesar de la existencia de un documento privado anterior que contradice el contenido de la propia escritura: “[...] siendo el documento privado [en el cual aparece como titular el actor] posteriormente reemplazado por la escritura pública correspondiente, no es posible entender en caso alguno, que pueda prevalecer su contenido con respecto al de la escritura, por lo que es evidente que la titularidad exclusiva aparece a favor de la demandada [...]”.

mico, que claramente contiene y, por tanto, el preciso alcance de entrañar la adquisición de un bien proindiviso entre los interesados, constituidos así en cotitulares de un inmueble adquirido y poseído en el seno del fenómeno jurídico de la comunidad [...].”

Lo que no es suficiente para entender la existencia de una comunidad de bienes es la propia prueba de la convivencia *more uxorio*: “[...] no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes [...]” (STS de 21 de octubre de 1992, A. 8589). Incluso, como señala la STS de 27 de mayo de 1998 (A. 3382), “[...] si alguna deducción lógica cabe hacer [de la existencia de una convivencia *more uxorio*] es la de que cada uno conserva su total independencia frente al otro; que no quieren contraer las obligaciones recíprocas personales y patrimoniales que nacen del matrimonio”.

Por último, aunque el Tribunal Supremo ha calificado a las comunidades ordinarias nacidas en el seno de la unión libre como “*sui generis*”, ya que poseen la especialidad de “encontrarse orientadas a la permanencia de la situación de cotitularidad compartida en cuanto la pareja mantiene su unión, pero recobra toda su actividad divisoria de disolución y adjudicación en cuanto cesa con carácter definitivo la convivencia familiar” (STS de 18 de mayo de 1992, A. 4907), ha entendido aplicable en cuanto a su funcionamiento y su disolución o liquidación, los artículos 392 y siguientes del Código civil.

— *Formas societarias: sociedades civiles o mercantiles de carácter irregular*

Para el efectivo reconocimiento y luego liquidación, de una sociedad ya sea civil o mercantil, ya particular o universal, de carácter generalmente irregular (art. 1.669 Cc.), la jurisprudencia exige el consentimiento de ambos convivientes “claro e inequívoco” en orden a su formación, y para asegurar la existencia de la “*affectio societatis*” (por todas, *vid.* STS de 11 de diciembre de 1992, A. 9733). Porque, como señala la STS de 22 de julio de 1993 (A. 6274), a pesar de la ausencia de publicidad de los acuerdos que caracteriza a la sociedad irregular, según el Código civil, “es, sin embargo, preciso como pone de relieve el precepto, la existencia de pactos *inter partes*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.665 Cc.”.

La STS de 18 de mayo de 1992 (A. 4907) planteó la posibilidad de

una sociedad mercantil irregular que vinculara a los dos convivientes como "consecuencia del esfuerzo mutuo en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, que generó el patrimonio común. De esta manera a falta de concierto expresado, el verbal, al efecto, es determinativo de la referida sociedad de hecho, pues se da la concurrencia de actos constitutivos, creadores y permanentes que adolecieron de las formalidades necesarias para su acceso al Registro Mercantil, pero que no les resta eficacia de operatividad y vinculación para los interesados". (vid. también SSTs de 3 de abril de 1991, A. 2633, y de 18 de febrero de 1993, A.1246).

Semejante base fáctica es la de la STS de 18 de marzo de 1995 (A. 1962) en la que los miembros de la pareja de hecho "ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjuntamente o individualmente uno de ellos pero para la sociedad que su prolongada convivencia y trabajo en común había consolidado" y por ello declaró la existencia de una "sociedad civil irregular de carácter universal que, de acuerdo con el artículo 1.669, párrafo segundo del Código civil habrá de referirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes [...] por lo que, se califiquen tales relaciones de comunidad normal de bienes o de copropiedad por cuotas, como hace la sentencia recurrida, o de sociedad civil irregular, el régimen jurídico aplicable es el mismo [...]".

Considera también probada la existencia de una sociedad civil entre los convivientes la STS de 10 de diciembre de 1993 (A. 9894), si bien de carácter particular (38), limitada a la explotación de un negocio comercial, sin atender a la pretensión de la conviviente que alegaba la posible sociedad universal de ganancias: "Que la existencia de una sociedad universal de ganancias, afirmada por la demandante [y ahora recurrente], no aparece, siquiera en forma indiciaria, de la documentación obrante en Autos, como tampoco se ha acreditado la *affectio* para tenerla por constituida, pues la unión de hecho entre actor y demandada *per se* no puede presumir ni comportar la realidad de aquélla."

Pero al lado de la existencia de pactos expresos o tácitos en orden a la constitución de la sociedad civil o mercantil y de la consiguiente "*affectio societatis*", la aportación patrimonial o industrial en dicha sociedad es también requisito imprescindible para poder apreciar una sociedad del artículo 1.665 Cc. Y precisamente por la ausencia de tal

(38) De carácter universal es la sociedad civil reconocida por la SAP de Navarra de 24 de julio de 1995 (AC. 1470).

circunstancia la STS de 18 de febrero de 1993 (A. 1246) no consideró pertinente la aplicación del régimen de las sociedades irregulares al caso de Autos: “En el caso que nos ocupa, tanto la sentencia de primera instancia (aceptada en la de apelación) como la concretamente recurrida, reconocen y declaran existente el hecho de la *affectio societatis* entre las partes interesadas, elemento indispensable para que pueda entenderse que existió la voluntad de crear una sociedad civil entre los mismos, que por sus características resulta obligado calificar de irregular. Pero no puede olvidarse que además de la voluntad asociativa, la Ley exige en el art. 1.665 del Código civil, la puesta en común de dinero, bienes o industria para que toda sociedad pueda tener existencia; y aquí es donde se quiebra la tesis de la parte recurrente. En la sentencia recurrida se establecen como hechos de partida [...] que doña Teresa F. sólo contribuyó al primitivo negocio de piel [...] y después al que los sustituyó [...] cooperando con su trabajo personal, sin que conste en Autos ninguna otra aportación patrimonial, ni intervención personal, en el resto de los negocios que su oponente venía explotando antes de la unión; siendo indispensable, como antes se apuntaba, que aparezca demostrada con actos inequívocos, la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos los bienes y ganancias adquiridos por cada uno de ellos durante la convivencia; actos que deben consistir bien en una aportación patrimonial al negocio productor de los beneficios, o en otro caso la cooperación con el trabajo personal en las ganancias; circunstancias que no se han acreditado en Autos, salvo el negocio de heladería [...]” (39).

— *Incomunicación patrimonial*

En el caso en que no exista o no pueda probarse ni pacto o convenio regulador de la economía común de los convivientes ni tampoco actuaciones de las que deducir el deseo de establecer una comunidad de bienes para los adquiridos o para alguno en concreto o, más aún, en

(39) En este caso en particular, y en orden a valorar la contribución de la demandante en la economía común, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (“Comentario a la STS 18 de febrero de 1993”, *op. cit.*, p. 228) ha sugerido la conveniencia del régimen de comunidad de bienes (o, con carácter excepcional, la vía del enriquecimiento injusto) frente al de sociedad irregular: “[n]o hay que olvidar que para que exista una sociedad es preciso el ánimo de lucro (art. 1.665 CC), y éste no caracteriza ni la economía doméstica (que es de consumo) ni la contribución que por vía indirecta (por su dedicación a dicha economía) uno de los miembros de la pareja pueda prestar a la actividad del otro”.

las hipótesis en que se prueben actos de la pareja que impliquen la individualización de sus economías (cuentas bancarias personales, adquisición de incrementos patrimoniales para cada uno de los convivientes individualmente —STS de 11 de diciembre de 1992, A. 9733—) no habrá confusión patrimonial, y estaremos ante dos patrimonios separados sin comunicación alguna. Como señala la STS de 27 de mayo de 1994 (A. 3753), ni la existencia de una comunidad de bienes ni la de otro tipo de sociedad “puede inferirse sólo de la convivencia *more uxorio*, porque en éstas cabe también aceptar la plena independencia económica de quienes la practican” (40).

Así, por ejemplo, la constatación de que durante el tiempo de la convivencia los compañeros ingresen sus respectivas ganancias en cuentas separadas y distintas, siendo cada uno de ellos titular único y exclusivo de la suya; de la inexistencia de pacto acerca de la comunidad de bienes; de la no acreditación de pago alguno que pudiera originar, siquiera por razones de equidad, algún derecho al reintegro de sumas, en su caso empleadas, fueron indicios suficientes para la STS de 21 de octubre de 1992 (A. 8589) en orden a demostrar tal incomunicación patrimonial entre los convivientes. Asimismo, la más reciente de 4 de abril de 1997 (A. 2731) llega a hablar de que la unión de hecho funcionaba con un “sistema afín a la separación de bienes”, y pese a la prueba de que el actor aportó cierta cantidad de dinero en un bien inmueble, el Tribunal Supremo no admite la titularidad común sobre el piso, sino que le otorga el derecho de reintegro de la cantidad aportada.

2) Negocios entre convivientes: la validez de las donaciones entre los miembros de la pareja de hecho

El reconocimiento jurisprudencial del fenómeno social de las parejas de hecho con su consiguiente licitud ha despejado el camino para la concesión de plena eficacia jurídica a los negocios que, teniendo como causa la relación paramatrimonial o por razón de la misma, pudieran llevar a cabo los convivientes. En particular, la jurisprudencia se ha pronunciado acerca de la licitud de las donaciones que los compañeros se hicieran recíprocamente constante la convivencia.

(40) “Cada uno mantiene su propia y natural independencia económica, con separación de sus respectivos patrimonios”: SAP de Sevilla de 3 de marzo de 1992 (AC. 421).

En efecto, la STS de 18 de noviembre de 1994 (A. 8777) es ejemplo notorio de esta jurisprudencia. En ella se resolvía acerca de una demanda de nulidad de una donación *inter vivos* realizada por el padre de los actores a su compañera, por considerarla como un negocio con "causa torpe e inmoral" y, más concretamente, por obedecer "al fin de remunerar relaciones concubinarias habidas entre el favorecedor y la favorecida". El Tribunal Supremo, rechazando tal finalidad en la donación, precisa: "[...] si bien las donaciones pudieran estar viciadas de nulidad cuando se hacen para compensar una estricta y pura relación concubinaria, en el caso de Autos, ello no es posible, entenderlo así, ya que la relación existente entre el donante y el donatario no era de ese cariz, sino una relación de convivencia y dentro de un ambiente familiar marginante de la propia convivencia *more uxorio* [...]. [...] ya que no cabe poner en entredicho, dentro de una óptica de interpretación moderna, que en una relación *de facto* entre una pareja durante varios años, como la que existe entre donante y donataria, pueda entenderse que (y con independencia que se le denomine concubinato), integre una causa torpe o ilícita a la que se refiere el artículo 1.275 CC, sobre todo, hoy día, cuando por la propia tutela de esta familia *de facto*, del propio artículo 39 CE, es evidente la existencia y dispensa jurídica de tal concierto familiar, ha de tender a aproximarse, en su modalidad *more uxorio*, a los de la familia legalmente constituida, por lo que el motivo ha de rehusarse".

Se aparta, de esta forma, la jurisprudencia definitivamente de antiguos pronunciamientos en los que sí se detectaba la inmoralidad de la causa en las donaciones realizadas entre convivientes y, por tanto, se sancionaban con la nulidad. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1957 (A. 2853) justificaba la nulidad de la donación (además, en el caso, encubierta por una compraventa) por la "causa inmoral producida por la notoria irregularidad de las relaciones de carácter íntimo existentes durante largos años entre el actor y la demandada [...]"; y en términos muy semejantes se expresaba la STS de 17 de octubre de 1959 (A. 3879) al advertir que "con toda evidencia la entrega de Autos tuvo por causa eficiente y final la iniciación y persistencia de las relaciones íntimas fuera de toda regularidad legal, atentatorias a las costumbres patrias, aún entre personas idóneas entre sí para contraer matrimonio, incidiendo, por tanto, en la sanción del artículo 1.275 del Código [...]".

B) Tras la ruptura de la pareja de hecho

El momento de ruptura de las uniones de hecho nos enfrenta a otro problema clave en el ámbito de las relaciones económicas entre convivientes. Nos referimos a la liquidación de los bienes del acervo común.

Si se prueba la existencia de una comunidad de bienes, o de cualquier otra forma de cotitularidad (sociedad), la eventual liquidación seguirá los derroteros que con carácter general el Código civil prevé para la disolución de este tipo de comunidades. Como indica la STS de 29 de octubre de 1997 (A. 7341), “cuando cesa con carácter definitivo la convivencia familiar surge la necesidad de disolución y adjudicación de la titularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca en favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar sin duda el régimen que establecen los artículos 392 y siguientes del Código civil”.

Se prescinde, entonces, para formar el acervo común, para después dividir y adjudicar, de la titularidad formal de los bienes (41) siempre, eso sí, que se haya demostrado que existía la voluntad de hacer común todos o algunos bienes adquiridos, ya sea por la existencia de pactos expresos ya sea por actos inequívocos que demuestren tal voluntad.

Pero quizá los más problemáticos son los casos en que la pareja de hecho no se ha desarrollado bajo ninguna situación descrita, pero, debido a ciertas circunstancias, uno de los convivientes, tras la ruptura, pretende obtener algún tipo de compensación o indemnización. Y ello porque, con carácter general, como ha reconocido la STS de 20 de octubre de 1994 (A. 7492), se admite que “las uniones de hecho pueden en ocasiones, ser causa legítima de alguna reclamación”, y porque, como ha señalado la STS de 10 de marzo de 1998 (A. 1272), “la idea es [...] evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica”.

Estrictamente, en estas hipótesis, no se trata de liquidar nada —no hay bienes ni patrimonio ni tampoco actividad en común—, sino más

(41) Véanse las sentencias citadas al examinar el régimen económico de las parejas de hecho.

bien de compensar o de indemnizar al conviviente que pudiera sufrir algún daño o empeoramiento (razonable) en su situación económica como consecuencia de tal ruptura.

En términos generales —a salvo los casos de que la pareja de hecho haya constituido una comunidad de bienes o una sociedad irregular—, la jurisprudencia ha planteado dos vías alternativas para canalizar tales reclamaciones: la *responsabilidad extracontractual* y la doctrina del *enriquecimiento injusto*.

No obstante, el planteamiento de la demanda por los cauces del artículo 1.902 del Código civil ha encontrado importantes obstáculos en la propia concepción jurisprudencial —muchas veces implícita— de que el simple cese de la convivencia no es causa de indemnización al no configurar, añadimos nosotros, una conducta antijurídica (42). A pesar de que, en ocasiones, es indudable que la ruptura unilateral de la pareja de hecho determina la producción de un daño —ya moral ya patrimonial— al otro conviviente (la cesación de la convivencia puede constituir un “factor desestabilizador”, como dice la STS de 4 de junio de 1998, A. 3722), causalmente relacionados, no es menos cierto que aun en tales hipótesis no existe conducta ilícita o antijurídica que lo ocasione (al margen de la dificultad para la apreciación de elementos subjetivos —culpa o dolo— en la acción) (43).

Otra cosa acontece en los supuestos en los que el cese de la convivencia, a voluntad de uno de los convivientes, viene acompañado del incumplimiento de la promesa de matrimonio. En ellos, precisamente porque sí existe una conducta antijurídica, el incumplimiento de una promesa, sancionada, además, específicamente por el artículo 43 del Código civil, cabría hablar, por la concurrencia de sus requisitos, de responsabilidad civil o, por lo menos, de responsabilidad legal. Como dice la STS de 16 de diciembre de 1996 (A. 9020), en tales supuestos

(42) Dice la SAP de Asturias 22 de junio de 1994 (AC. 1156): “precisamente al tratarse de una unión de hecho o unión libre, la posibilidad de poner fin a la misma en cualquier momento sin las trabas del matrimonio es una de sus características esenciales”.

(43) La STS de 9 de abril de 1979 (A 1277) planteaba una reclamación indemnizatoria por pretendidos daños morales causados por el conviviente al romper la pareja, cuestión que, “jurídicamente y a los efectos de aplicabilidad del indicado precepto, se reduce a averiguar si la actuación del varón deba reputarse culposa o negligente que obligue a la reparación del daño [...]”. Y el recurso fue desestimado porque ya en instancia se había probado que “lo único que resulta es el hecho de unas relaciones sexuales mantenidas voluntariamente por dos personas mayores de edad [...] interrumpidas bastante tiempo después de que la demandante (recurrente) supiese que él estaba casado [...]”.

“nos hallamos en presencia de una pareja heterosexual matizada por la promesa de matrimonio que, aunque fuera motivo determinante de la convivencia, refleja un hecho jurídicamente diferenciado al que no se pueden anudar las consecuencias jurídicas del hecho de la convivencia”.

De este modo, y en estos casos, sería factible, según el artículo 43 del Cc. y según la sentencia citada, la reclamación de daños y perjuicios, los cuales “tienen su origen en la imprevisión de ambos convivientes que debieron establecer con claridad los derechos y deberes recíprocos, aun en caso de ruptura de la convivencia [...]”. Los daños indemnizables han de contraerse, como la propia norma indica, a los “gastos hechos y a las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido”, es decir, a los daños puramente patrimoniales sufridos por el prometido abandonado, pero, como precisa la STS de 16 de diciembre de 1996, “no pueden incluir una especie de indemnización por los daños morales ya que no existe ninguna obligación de indemnizar a la novia o novio abandonado, ni introducir reproches culpabilísticos en la libre decisión de no contraer matrimonio pese a la promesa, con las limitaciones que este precepto entraña en orden a las consecuencias económicas del incumplimiento” (44).

En puridad, a salvo las sentencias citadas hasta el momento, son muy escasos los pronunciamientos jurisprudenciales en los que se ha fundamentado la concesión de una compensación al conviviente abandonado a través de los cauces del artículo 1.902 del Código civil. Ni siquiera en la jurisprudencia más antigua del Tribunal la responsabilidad extracontractual se constituyó como una vía para indemnizar la cesación de las relaciones extramatrimoniales a causa del carácter ilícito e inmorales de las mismas. Las compensaciones por la ruptura que se otorgan en algunas sentencias derivan bien de la consolidación de obligaciones naturales en favor de la concubina (45) bien del convenio que pudiera existir entre los que mantenían las relaciones ilícitas mediante el cual se le dejaba una suerte de indemnización a la mujer cuando las relaciones acababan (y precisamente los razona-

(44) Sobre esta sentencia, vid. GARCÍA RUBIO, M.P., “Comentario a la STS 16 de diciembre de 1996”, C.C.J.C., n.º 43, 1997, p. 408 y ss.; y BUSTO LAGO, J.M., “Alcance y significado de la indemnización debida en el supuesto de incumplimiento de la promesa de matrimonio”, R.D.P., abril, 1998, p. 259 y ss.

(45) Vid. SSTs de 9 de mayo de 1914 (R.G.L.J., 1914) y de 17 de octubre de 1932 (Col. Leg., 1932, p. 631).

mientos del Tribunal giran en torno a la consideración de la ilicitud de tales pactos por causa inmoral) (46). Pero, con excepción de algún pronunciamiento muy concreto (47), el artículo 1.902 no ha sido recurso utilizado, a estos fines, en la jurisprudencia española y sigue sin serlo.

Seguramente por ello el enriquecimiento sin causa se consolidó como la vía más apropiada, y más solicitada, para compensar en ciertos casos posibles desequilibrios patrimoniales surgidos tras la ruptura de la pareja, en ausencia de prueba de comunidad de bienes u otras formas societarias (48). Especialmente ilustrativo y paradigmático es el supuesto contemplado en la STS de 11 de diciembre de 1992 (A. 9733), en la que se contemplaba como circunstancia especial el trabajo doméstico llevado a cabo por la actora durante el tiempo que duró la convivencia, en beneficio o provecho de su pareja.

Fundamentándose en pronunciamientos anteriores acerca de la doctrina del enriquecimiento injusto (en concreto, en las SSTs de 31 de marzo de 1992, A. 2315, y de 6 de febrero de 1992, A. 834), el Tribunal Supremo señala como requisitos de este recurso subsidiario los siguientes: “a) Aumento del patrimonio del enriquecido; b) Correlativo empobrecimiento del actor; c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento y d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio”; puntualizando que “para la operatividad del enriquecimiento injusto basta que se ocasionen unas ganancias, ventajas patrimoniales o beneficios sin un derecho que los apoye o advere, con

(46) Vid. STS de 2 de abril de 1941.

(47) Por ejemplo, la ya citada STS 9 de abril de 1979 (A. 1277), en la que se deniegan los daños morales por seducción de una mujer, sobre la base de la voluntariedad de las relaciones mantenidas entre ambos.

(48) Además de las sentencias que se citan en el texto, el Tribunal Supremo también ha entendido aplicable la doctrina del enriquecimiento injusto a las posibles reclamaciones tras la ruptura de las parejas de hecho por las SSTs de 20 de octubre de 1994 (A. 7492) y de 4 de marzo de 1997 (A.1640). La primera de ellas expresamente señala: “[...] esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho, máxime las de larga duración, como la presente, pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación, bien por aportación a la creación de un patrimonio, o con apoyo en el enriquecimiento injusto o en algún otro precepto incluso aplicable por analogía [...]”. Asimismo la SAP de Asturias de 22 de junio de 1994 (AC. 1156) declaró: “La solución habría de buscarse en la posible aplicación de las normas de la comunidad al patrimonio existente, o bien en la doctrina del enriquecimiento sin causa si se estimara que el trabajo no retribuido de la demandante en el hogar familiar supuso para ella un empobrecimiento que, simultáneamente, se tradujo en un enriquecimiento, mejora o beneficio para el demandado. Pero es lo cierto que ninguna de estas últimas pretensiones se ha ejercitado [...]”.

derivado empobrecimiento o minoración patrimonial o de utilidad en la parte afectada" (49).

Y, aplicando al caso de Autos tales condiciones generales, se llega a la siguiente conclusión: "En cuanto al primer requisito, ha de reconocerse cómo, en principio, el aumento patrimonial obtenido por el señor B. durante los años de convivencia con la señora M. se debió fundamentalmente a su propia actividad, pero es igualmente cierto que de los hechos declarados probados en la sentencia, según lo antes transcrito, se infiere que la colaboración prestada por la señora M. hubo de ser determinante, al menos en parte, de la consecución de aquél y, por ello, ha de afirmarse que concurre la exigencia jurisprudencial referente al aumento patrimonial. El empobrecimiento de la actora deriva de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado y en la atención doméstica del mismo, con lo que se cumple el requisito *b*) de los antes enunciados, ya que no ofrece duda la correlación entre la prestación de sus cuidados y trabajo por la señora M. y el beneficio reportado al señor B. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado, al menos en la parte apreciada por el Tribunal *a quo*, porque el Ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones —en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc.— en la forma en que está probado lo vino realizando la señora M. Es evidente que no existe precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa [..]".

Supuesto semejante es el de la SAP de Asturias de 16 de enero de 1997 (AC. 103), en el cual la actora había colaborado, durante el período de convivencia, profesionalmente con su compañero, sin percibir, por tal colaboración profesional retribución alguna. La Audiencia, basándose en certificaciones bancarias y otros documentos, consideró probado que "el demandado durante el tiempo en que se prolongó la convivencia cuasimatrimonial ha adquirido un importante patrimonio [...] mientras que la demandada no consta obtuviera recurso económico

(49) Si éstos son los requisitos, no se entienden las consideraciones de la STS de 22 de julio de 1993 (A. 6274) que niega el recurso al enriquecimiento injusto porque "al no existir sociedad irregular ni posibilidad de admitir la existencia de una aplicación análoga del régimen de la sociedad de gananciales al supuesto fáctico en que se apoya la demanda de la hoy recurrente, todas las especulaciones afectantes al enriquecimiento injusto caen por su base".

alguno con el que hacer frente a la ruptura unilateral de la convivencia por el demandado [...]. Por ello, aun admitiendo que el aumento patrimonial obtenido por el demandado [...] pudo deberse en mayor medida al ejercicio de su actividad profesional, no cabe duda de que a su obtención ha colaborado la actora, no sólo a nivel profesional, sino fundamentalmente por la compañía y cuidado continuado que le proporcionó durante tan larga convivencia sin retribución alguna. De ahí que [...] esa colaboración y cuidado personal y doméstico, sin retribución alguna, haya de reputarse como un evidente empobrecimiento de la actora, pues de no darse tal convivencia [...] qué duda cabe que habría podido continuar dedicándose a su profesión de decoradora, lo que le habría proporcionado ingresos suficientes para su mantenimiento". Y, por último, tampoco encuentra la Audiencia causa alguna que justifique tal desplazamiento patrimonial, ya que, siguiendo a la citada sentencia del Tribunal Supremo, "la convivencia *more uxorio* no obliga a prestar atención personal y profesional en forma no retribuida, como la prestada por la actora al demandado [...]".

Es así que para tales resoluciones el enriquecimiento injusto puede constituir una vía (subsidiaria) de indemnizar a las partes perjudicadas por la ruptura de la pareja de hecho, si se acredita la concurrencia de las condiciones para la procedencia de tal acción. En este punto, puede resultar controvertido el requisito de la inexistencia de causa que justifique la atribución o desplazamiento patrimonial entre los convivientes. El Tribunal Supremo ha manifestado, y esa línea ha sido seguida por la SAP de Asturias citada, que "el Ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones".

Sin embargo, pudiera plantearse la duda de si efectivamente el hecho de la convivencia diaria y estable y la fundación de un hogar común —que es el fin último de la pareja de hecho— pueden justificar ciertos desplazamientos patrimoniales o prestaciones entre convivientes. En sentido afirmativo se pronunció la SAP de Guipúzcoa de 25 de octubre de 1993 (AC. 2086), que denegó precisamente el recurso al enriquecimiento injusto porque "para que exista tal es imprescindible la inexistencia de causa o razón por la cual la reclamante realizó, durante el tiempo de convivencia, las prestaciones que aportó al demandado, y es evidente que existía una causa o motivo legítimo como es el acuerdo entre ambas partes de convivir juntos libremente sin someterse a la institución del matrimonio lo que justifica tanto las prestaciones de la actora al demandado como de éste a aquélla durante el tiempo de su convivencia libremente admitida".

No compartimos el razonamiento precedente; no creemos que, desde un punto de vista técnico-jurídico, se deba considerar como causa de la atribución patrimonial la existencia de una convivencia, a no ser que los convivientes acordaran de forma expresa, por ejemplo, realizarse prestaciones recíprocamente durante la vida en común. Pero la mera convivencia o como dice la SAP de Guipúzcoa de 25 de octubre de 1993, “el acuerdo entre ambas partes de convivir juntos libremente” no es causa de prestaciones, porque —si no existe un acuerdo o pacto expreso entre las partes— los convivientes no se deben jurídicamente, al contrario que los esposos, ni cuidados ni atenciones ni prestaciones de ningún tipo, ni tampoco han de contribuir a las cargas de tal unión; es decir, no existe obligación —a salvo el caso de que se pacte expresamente— legal que dé causa a la atribución patrimonial (50). La sentencia citada, además de confundir la causa de la atribución patrimonial con las motivaciones personales (legítimas) de los convivientes, estaría aplicando subrepticamente las obligaciones de los cónyuges a los convivientes y, por tanto, desvinculándose de la doctrina jurisprudencial —mantenida por la propia sentencia en anteriores Fundamentos jurídicos— de la no aplicación analógica de las normas matrimoniales a las parejas de hecho.

Cuestión diversa es que efectivamente haya que acreditarse, en aplicación de la doctrina clásica del enriquecimiento injusto, seguida por el Tribunal Supremo en este punto, el enriquecimiento y el correlativo empobrecimiento de los convivientes como resultado de tales prestaciones “indebidas” y que sea acaso la existencia de contraprestaciones recíprocas que inevitablemente puedan surgir durante la convivencia el motivo de que no quepa hablar de enriquecimiento injusto, tal y como se planteó en la STS de 24 de noviembre de 1994 (A. 8946), en la cual “no se hace prueba alguna sobre tal aumento patrimonial, ni

(50) A no ser, como precisa TORRES LANA (“De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas”, op. cit., p.2419), que exista un *animus donandi* en la aportación o prestación del conviviente causante del desequilibrio, “cuestión ésta facilitada por la ausencia de presunción del mismo con la consiguiente inversión de la carga de la prueba”. También podría buscarse la causa de las atribuciones patrimoniales en el cumplimiento de una obligación natural, entre los convivientes, que justificaría tales desplazamientos y permitiría el recurso a la *soluti retentio*. La jurisprudencia más antigua del Tribunal Supremo confirmaría esta tesis. Así la STS de 17 de octubre de 1932 (A. 1234) califica de obligación natural “los auxilios de índole económica” prestados por el varón, como concreción de “ciertos deberes morales imputables” a él. Estas obligaciones morales durante el transcurso de sus relaciones íntimas se convirtieron en obligaciones civiles con la promesa formal del hombre de ofrecerle a la mujer una pensión.

se puede precisar la compensación que la actora tuvo con lo que la Audiencia proclama como satisfacción de todas sus necesidades durante los años de convivencia”.

Sin embargo, las instituciones anteriores no agotan las opciones en este terreno. Recientemente se han postulado otras vías para compensar al conviviente que tras la ruptura pueda sufrir un daño o perjuicio, a través de la cesión temporal de la vivienda familiar o de la pensión compensatoria, en otras palabras, mediante la aplicación analógica de los artículos 96 y 97 del Código civil, tradicionalmente tan rechazada por el Tribunal Supremo en sentencias como la de 30 de diciembre de 1994 (A. 10391) en las que se decía: “[...] los efectos solicitados en la demanda, propios de la nulidad, separación o divorcio del matrimonio no son aplicables a una convivencia extramatrimonial, lo que no significa, sin embargo, que estas situaciones carezcan de toda protección jurídica, pues si a consecuencia de tal relación de convivencia se han producido efectos patrimoniales o una parte se considera perjudicada por el cese de esa convivencia puede solicitar al amparo de otros preceptos la protección que considere merecer”.

Si bien existen en las Audiencias Provinciales contados pronunciamientos en este sentido, es la STS de 16 de diciembre de 1996 (A. 9020) el primero del Tribunal Supremo. En esta sentencia, ya analizada anteriormente, al tiempo que se le concedía a la conviviente una indemnización por los daños ocasionados por la ruptura de la promesa matrimonial, se le confería el uso de la vivienda familiar —propiedad del otro conviviente—, aspecto que el Tribunal Supremo considera irrecurrible. Y ello porque, a pesar de que, en términos generales, participa de la doctrina general de la inaplicabilidad de la normativa matrimonial a las parejas de hecho, admite “una aplicación analógica de la disciplina matrimonial en cuanto a algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación y, sobre todo, investigando la *ratio* normativa de la convivencia *more uxorio*”.

Entiende la sentencia citada que “la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (*privacidad*), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos”, por lo que, “las normas que sobre uso de la vivienda familiar, contiene el Código civil en relación con el matrimonio y su crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que

las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso". En definitiva, se cede el uso de vivienda a la mujer, fundamentándola en la aplicación analógica del artículo 96 del Código civil: "el artículo 96 del Código civil párrafo tercero, permite integrado con el artículo 4.º.1 una solución como la adoptada por ambas sentencias de instancia" (51).

Sin acudir al argumento analógico, sino mediante la aplicación del pretendido principio general de protección al conviviente perjudicado, la STS de 10 de marzo de 1998 (A. 1272), llega a resultados semejantes. En este caso, la vivienda y la plaza de garaje habían sido adquiridas *pro indiviso* entre los miembros de la pareja (que, a juzgar por los hechos narrados no tiene descendencia) y, tras la ruptura, la conviviente, aquejada además de una grave enfermedad, pretende continuar en el uso de la vivienda, actuación, en principio, permitida por pacto entre los condóminos.

El Tribunal Supremo advirtiendo que tal cuestión deriva de "una situación de hecho no regulada por ley ni desde luego por costumbre", acude a los principios generales del Derecho "última fuente formal del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico", y, en concreto, "al principio general de protección del conviviente por la situación de hecho, principio que deriva de normas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la persona, artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección de la familia), de normas de Derecho privado, como el Código civil (el propio artículo 96 [cuya aplicación analógica era invocada]) y la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, cuyo artículo 16.1 b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente), de las sentencias del Tribunal Constitucional y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado".

Lo expuesto determina que la atribución de la vivienda a la conviviente perjudicada no va a derivar de la aplicación directa del artículo 96 del Cc. ni siquiera de su aplicación analógica, sino por aplicación del principio general citado que se deduce de la doctrina jurisprudencial y de las normas citadas anteriormente "principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado, en este caso protección referida a la atribución del uso de la vivienda de la familia,

(51) Cesión que se califica por GARCÍA RUBIO ("Comentario a la STS 16 de diciembre de 1996", op. cit, p. 412) como una "hipótesis de atribución de alimentos *in natura*".

muebles y plaza de aparcamiento asignada a la vivienda" (STS de 10 de marzo de 1998, A. 1272) (52).

Desconociendo todavía los efectos que puedan provocar ambos pronunciamientos en la doctrina del Tribunal Supremo (53), lo cierto es que la problemática de la vivienda de la pareja de hecho, y, en concreto, su utilización tras la ruptura, no ha sido ajena a anteriores resoluciones de nuestros Tribunales. En particular, ciertas sentencias (54) han considerado improcedente el planteamiento de la acción de desahucio contra el conviviente que, tras la ruptura, continuaba poseyendo y ocupando la vivienda que había constituido el hogar familiar, por entender que el juicio sumario, con las limitaciones que comporta, no es propio ni adecuado para discutir una "cuestión compleja" como la planteada, que merece "un amplio examen, exigido y necesario, en torno a la situación existente y a sus consecuencias" (SAP de Madrid de 16 de mayo de 1994, AC. 841); aplazando la cuestión al declarativo. Es decir, se plantea el interrogante de si la convivencia durante el tiempo de relación *more uxorio* es título válido que pueda alegarse para ocupar la vivienda frente a la reclamación del otro conviviente y propietario de la misma.

Y el asunto ha llegado al propio Tribunal Constitucional, como consecuencia de un recurso de amparo planteado, fundamentalmente por vulneración del artículo 14 CE, contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas que confirmaba la declaración de instancia de haber lugar al desahucio en un juicio de desahucio por precario. El Tribunal Constitucional inadmite el recurso en el ATC 321/1996, de

(52) Sobre esta sentencia, *vid. supra* pp. 14 y 15.

(53) Sentencias posteriores —*v.gr.* STS de 4 de marzo de 1997 (A. 1640)— sin aludir concretamente al artículo 96 del C.c., han insistido de nuevo en la doctrina tradicional del Tribunal Supremo acerca de la inaplicación analógica de las normas del matrimonio: "[...] la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha rechazado esa pretendida aplicación de las normas que están fundadas sobre el matrimonio [...]. Por otra parte, no se sabe qué clase de analogía es la que se invoca cuando ninguna obligación legal pesa sobre los convivientes que, en uso de su libertad, han optado por esa forma de unión, no sujetándose al cúmulo de derechos y deberes que componen el estado civil de casado. Es contradictorio que en el momento en que se disuelva la unión extramatrimonial se quiera la aplicación (ahora beneficiosa) de las normas legales sobre los efectos económicos de la desaparición de aquel estado cuando el matrimonio también se disuelve".

(54) Por ejemplo, SSAP de Madrid de 15 de junio de 1993 (AC. 1135); 17 de noviembre de 1993 (AC. 2600); 16 de mayo de 1994 (AC. 841). Aunque en sentido contrario, es decir, entendiendo procedente el juicio de desahucio en estos casos: SAP de Navarra de 15 de septiembre de 1994 (AC. 1430), SAP de Asturias de 3 de julio de 1996 (AC. 1539) y SAP de Jaén de 23 de mayo de 1997 (AC. 169).

8 de noviembre, por entender que la discriminación denunciada (decía la recurrente que "en ningún caso se produciría ese resultado de haber sido la suya una unión matrimonial") no se ha producido, ya que la Audiencia toma una decisión muy ajustada a las circunstancias del caso concreto: titularidad exclusiva del otro conviviente, inexistencia de hijos comunes, la conviviente no sufragó gasto alguno del inmueble. Y sigue el Tribunal: "Pese a todo se suscita el tema de si el hecho de la convivencia entre los años 1987 y 1992 puede fundar algún título para poseer la vivienda en favor de la demandada que descarte la existencia de un precario, y, a tal efecto, se plantea la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 96.3 CC [...] aunque lo acabe descartando a la vista de las circunstancias del caso. En efecto, aparte de que la pareja no tuvo descendencia, se tiene en cuenta que 1) que "la demandada tampoco ha alegado ni probado que exista un interés del que sea titular especialmente digno de protección por encima del que se desprende de la titularidad del dominio del actor" (esto es, que ni alega ni prueba la concurrencia de la circunstancia prevista por el artículo 96.3 CC: que su interés sea el más necesitado de protección [...]). Todo ello le permite concluir al Tribunal Constitucional con que "la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Las Palmas es una decisión en la que se ponderan todas las circunstancias del caso, lo que impide entender que se trate de una decisión discriminatoria para las uniones de hecho".

C) Como consecuencia del fallecimiento de uno de los convivientes

Tras la muerte de uno de los convivientes y la consiguiente disolución de la pareja de hecho, se nos plantea la cuestión de cuáles son los derechos o pretensiones que el supérstite pudiera ejercer, siempre desde la óptica jurisprudencial.

Dejando al margen las cuestiones de disolución de la eventual comunidad de bienes o sociedad irregular existentes entre los convivientes, a las que se aplicarían las reglas ya estudiadas en el epígrafe anterior (55), la situación jurídica del conviviente después de la muerte del compañero ha constituido uno de los primeros supuestos de hecho

(55) *Vid.* la SAP de Málaga de 23 de abril de 1997 (AC.1003) que disuelve una comunidad de bienes, reducida a un inmueble adquirido constante la convivencia, tras el fallecimiento de la conviviente.

tratados por nuestros Tribunales en relación a las parejas de hecho. Otorgar al "viudo de hecho" las prestaciones que el Estado proporciona al cónyuge, sobre todo la pensión de viudedad, y otros derechos relativos, por ejemplo, a la protección de la vivienda familiar y que surgen *ope legis* tras la muerte del cónyuge (*v.gr.*, la subrogación *mortis causa* en el arrendamiento), se constituyeron pronto en reivindicaciones de los convivientes de hecho, con la intención de evitar las precarias situaciones en las que podía quedar el supérstite tras el fallecimiento del compañero trabajador o arrendatario.

Sin embargo, pocas han sido, quizás por imposibles, las pretensiones sobre derechos sucesorios del conviviente fallecido. La no condición de heredero legal del conviviente pudiera ser compensada, no obstante, con la propia voluntad del causante de instituirlo heredero o de legarle ciertos bienes; institución y disposiciones testamentarias que ya no son impugnables por causa inmoral o ilícita.

Finalmente, en este último apartado, hay que hacer referencia a otro aspecto: la legitimación del conviviente de hecho para recibir indemnizaciones por la muerte del compañero, fundamentadas en el artículo 1.902 del Código civil o en los preceptos que regulan la responsabilidad civil derivada de delito, del Código penal. No tanto la parcial equiparación de las uniones de hecho con el matrimonio sino la consideración, como no podía ser menos, del conviviente como perjudicado se ha elevado a causa de la percepción indemnizatoria, reconocida por nuestro Tribunal Supremo desde hace aproximadamente treinta años.

A continuación, analizaremos cada uno de los puntos expuestos:

— *Pensión de viudedad*

La previa existencia de un matrimonio entre el causante y el pensionista, con la sola excepción que representan quienes por cuestiones legales no pudieron divorciarse a causa de la legislación anterior a 1981, siempre que, en estos casos, el causante fallezca antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley del divorcio (*ex art. 160 y disposición adicional 10.^a de la LGSS*), sigue siendo, en la actualidad, requisito imprescindible para la obtención de la pensión de viudedad, sin que tal requerimiento sea contrario al principio de igualdad (art. 14 CE), al principio de protección de la familia (art. 39.1 CE), o a los principios de dignidad (art. 10 CE) o libertad ideológica (art. 16.1 CE), por excluir al conviviente de hecho.

Así se resumirían los ingentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, aceptados por las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, que básicamente desde 1990 se han reiterado como respuestas a cuestiones de inconstitucionalidad (del art. 160 LGSS) y recursos de amparo planteados acerca de la no previsión, en nuestra legislación, del conviviente de hecho como posible beneficiario de una pensión de viudedad tras la muerte de su compañero. En síntesis, son éstos los argumentos del Tribunal Constitucional:

a) En cuanto a la posible vulneración del artículo 10 de la Constitución por el artículo 160 LGSS, señala el Tribunal que “el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido ni coartado porque al supérstite de una unión de hecho la Ley no le reconozca una pensión de viudedad. El libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o reprimir la convivencia *more uxorio* [...]. Pero es evidente que el art. 10.1 de la Constitución no puede servir en modo alguno de fundamento, por sí solo y aisladamente considerado, del derecho a percibir pensión de viudedad en favor de uno de los que convivían extramatrimonialmente cuando el otro fallece” (STC 184/1990, de 15 de noviembre).

b) Por lo que respecta al contraste con el principio de protección de la familia, garantizado por el art. 39 CE, se pronuncia negativamente el Tribunal aduciendo de modo genérico lo siguiente: “[...] es claro que dicho precepto no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos ni en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales [...] siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan convivir *more uxorio* [...] que diferencia el supuesto constituido por las medidas que afectan sólo a los integrantes de dicha unión respecto de otras previsiones normativas que tienen como destinatarios a los hijos, ya que éstos son iguales ante la ley con independencia de su filiación [...]” (STC 184/1990, de 15 de noviembre).

c) Pero el núcleo de la argumentación del Tribunal Constitucional reside, sin duda, en el examen de si el art. 160 LGSS vulnera el art. 14 CE, esto es, si la exclusión del conviviente de hecho como beneficiario de la pensión de viudedad supone un tratamiento discriminatorio, una

lesión al principio de igualdad. Éstas son las conclusiones: “Es claro que la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho expreso a su establecimiento [...] Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia [...] En consecuencia, si el derecho a contraer matrimonio es un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador, puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento. Además de las arriba señaladas, razones de certidumbre y seguridad jurídica y la propia coherencia con la decisión libremente adoptada en la unión de hecho de excluir la relación matrimonial y los deberes y derechos que de la misma dimanar, abundan en la consideración de que no pueda entenderse caprichoso o irrazonable que el legislador no incluya a los unidos por vía de hecho de una pensión como la de viudedad que ha sido prevista en función de la existencia de un vínculo matrimonial entre causante y beneficiario. Y por lo mismo no cabe reprochar como arbitraria ni discriminatoria la exigencia de que el núcleo de convivencia institucionalizada entre hombre y mujer como casados le conste formalmente al Estado para que éste conceda la pensión de viudedad” (STC 184/1990, de 15 de noviembre).

d) La eventual colisión entre el requisito del matrimonio para la pensión de viudedad con la libertad ideológica del artículo 16 de la Constitución, en casos, como el de la STC 66/1994, de 28 de febrero, en el que la recurrente en amparo aducía que su pareja, el causante, convivía con ella maritalmente —sin contraer matrimonio— debido a su ideología anarquista, obstativa al matrimonio, es resuelto por el Tribunal Constitucional del siguiente modo: “[...] aun admitiendo la subsunción de la libertad negativa a contraer matrimonio —art. 32.1 CE— en el art. 16.1 CE, es claro que el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubre el riesgo de

fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho, toda vez que el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido o coartado porque la ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho una pensión de viudedad, pues en definitiva, como alega el Ministerio Fiscal, aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ellas y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio, ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una prestación económica ni a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos. [...] no cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer el vínculo matrimonial. Aunque tal objeción le deba ser respetada, no supe el incumplimiento objetivo de un requisito legítimamente impuesto por el legislador [...]” (STC 66/94, de 28 de febrero).

e) Como necesario complemento de todo lo anterior, el Tribunal Constitucional ha indagado en el fin o causa de la norma, del artículo 160 LGSS, para determinar, primero, cuál es el sentido de tales prestaciones estatales y, después, corroborar la idea de que el legislador no discrimina a las uniones de hecho por no otorgarles pensiones de viudedad. En este punto, éstas son las reflexiones del Alto Tribunal: “[...] aun cuando el régimen público de Seguridad Social ha de atender en su conjunto a situaciones de necesidad (art. 41 de la Constitución), el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica por parte del cónyuge supérstite, ni que a éste estuviera incapacitado para el trabajo a cargo del fallecido [...] en su configuración actual, la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges), otorgando a tal efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora correspondiente al causante [...] Cuestión distinta es que el supérstite de una unión de hecho que soporte una situación de necesidad (por estar a cargo del fallecido, estar incapacitado para el trabajo o no estar a disposición de percibir rentas provenientes del tra-

bajo, o por otros motivos semejantes) no debe quedar desprotegido por el régimen público de Seguridad Social (arts. 41 y 50 de la Constitución). Pero tal protección no tiene necesariamente que presentarse a través de la actual pensión de viudedad". (STC 184/90, de 15 de noviembre).

Es así que reiteradamente el Tribunal Constitucional no ha considerado inconstitucional (por no vulnerar los preceptos analizados) la opción del legislador de excluir al conviviente de hecho de las prestaciones por viudedad de la Seguridad Social, como tampoco lo sería, y esto también lo ha repetido, la opción contraria, es decir, que el legislador organizase "la pensión de viudedad sobre bases diferentes a las expuestas [...] extendiendo en su caso dicha prestación a las uniones de hecho" (STC 184/90, de 15 de noviembre). Si matrimonio y uniones de hecho no son instituciones equivalentes, y no lo son, por lo menos desde el punto de vista de la Constitución, no habría inconveniente en no calificar de discriminatoria una norma que otorgue un trato dispar a figuras dispares (56).

Lo que sí llama la atención es que el Tribunal Constitucional reconoce que las parejas de hecho "no deben quedar desprotegidas por el régimen de la Seguridad Social", aunque "tal protección no tiene necesariamente que presentarse a través de la actual pensión de viudedad" (STC 184/90, de 15 de noviembre), sin evidenciar que no existe protección alguna para evitar tales desequilibrios. Es decir, entendemos que la pensión de viudedad no tiene que ser el cauce, pero si el legislador no ha propuesto otro alternativo, ¿cuál es la solución? Parece que el propio Tribunal estaría reconociendo expresamente la existencia de una laguna —y no de un mero vacío legal— que, en su caso, podría ser colmada mediante la aplicación analógica del artículo 160 LGSS. (Nos remitimos a lo ya dicho en páginas precedentes al hablar de la aplicación analógica de las normas matrimoniales a las parejas de hecho).

— *Subrogación mortis causa en el arrendamiento y otros derechos referentes a la protección de la vivienda*

Si bien en la actualidad no podemos señalar como efecto jurídico reconocido por la jurisprudencia para las parejas de hecho —que es en realidad el contenido de este epígrafe— la subrogación *mortis causa* del

(56) Postura que no resulta tan incontrovertible a la luz de la STC 222/92, de 11 de diciembre.

conviviente supérstite en la vivienda arrendada, pues tal derecho se le confiere ya por imperativo legal, tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y en virtud del artículo 16 de esta Ley, tampoco nos resistimos a comentarlo, entre tales efectos y, por lo tanto, en esta sede, ya que fue por una decisión del Tribunal Constitucional por lo que se otorgó tal derecho al conviviente, al declararse inconstitucional la exclusiva mención del cónyuge entre los beneficiarios de la subrogación arrendaticia, tal y como hacía el antiguo artículo 58 de la LAU de 1964.

En efecto, la STC 222/1992, de 11 de diciembre, para muchos inauguradora de una nueva línea de pensamiento respecto a la cuestión de las parejas de hecho, y para otros contradictoria con la mantenida en decisiones anteriores (57), decide la inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la LAU de 1964, "en la medida que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido".

Y tal decisión la defiende el Tribunal: primero, interpretando de forma generosa el artículo 39 de la Constitución y, más concretamente, del término "familia"; y, segundo, directamente relacionado con lo anterior, sembrando una duda razonable acerca de la oportunidad de que el matrimonio se constituya en supuesto de hecho de normas jurídicas para otorgar un trato más beneficioso al cónyuge, lo cual determinaría una contradicción con el principio de igualdad.

En lo que concierne al primero de los aspectos enunciados, el Tribunal Constitucional defiende un significado amplio de familia, ya latente en la STC 184/1990, pero ahora lo lleva mucho más allá: "Nuestra Constitución no ha identificado el término familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter "social" de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos socia-

(57) En este punto, *vid.* los votos particulares que a la sentencia citada formulan los magistrados Rodríguez Bereijo y Gabaldón López.

les— esa modalidad de vida familiar [...]. Del propio art. 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales [...]”. (STC 222/1992, de 11 de diciembre).

En segundo término, y tras afirmar que “[s]in duda que la garantía constitucional del matrimonio entraña, además de su existencia necesaria en el Ordenamiento, la justificación de la existencia de su específico régimen civil, esto es, del conjunto de derechos, obligaciones y expectativas jurídicas que nacen a raíz de haberse contraído un matrimonio”, se pregunta: “Cuestión ya distinta es, sin embargo, si el matrimonio, más allá de esta regulación civil que le es propia, puede constituirse en supuesto de hecho de otras normas jurídicas que, en sectores distintos del Ordenamiento, atribuyan derechos o, en general, situaciones de ventaja”.

A partir de esta duda razonable, el camino hacia la consideración de que la norma arrendaticia —que, evidentemente, supone una ventaja del cónyuge frente a la pareja de hecho y que no forma parte del “específico régimen civil” del matrimonio— contradice el principio de igualdad es liso y llano, aunque, para cuidarse de que tal planteamiento se explaye sobremanera y haga tambalear la propia doctrina del Tribunal vertida en sentencias anteriores, deja claro que “esta pregunta no admite respuestas radicales o genéricas, pues tan cierta es la relevante diferenciación de partida entre unas situaciones y otras (matrimoniales y no matrimoniales) como la imposibilidad de zanjar toda duda al respecto con el argumento de que cualquiera ha de asumir las consecuencias, favorables y desfavorables, de no haber ejercido el derecho a contraer matrimonio [...]” y que la propia Constitución “no da una respuesta unívoca o general para este tipo de problemas”.

Además, como declara el Tribunal: “En el presente caso [a diferencia de lo que acontecía en la STC 184/1990] es discernible un elemento objetivo, de carácter fáctico, que impone la comparación entre dos usuarios legítimos de la vivienda arrendada, el viudo del arrendatario fallecido y quien con él haya convivido *more uxorio*, pues la Ley (art. 58.1 *in fine*) condiciona la subrogación en favor del cónyuge superviviente a la convivencia con el fallecido (“mera convivencia”, dice el texto legal) y resulta claro que la situación así designada por la Ley [...] puede y debe ser puesta en relación con la diferenciación que la norma establece a fin de apreciar, a la luz de la igualdad, la constitucionalidad de esta última. La vida en común a la que se refiere el art. 58.1, *in fine*, no es sólo un requisito que permite aquí, como en otras regulaciones, reconocer la existencia de vínculos de dependencia y de afectividad entre el fallecido y su cónyuge, vínculos que prestan fundamento sus-

tantivo, en este supuesto como en otros, al ejercicio de determinada facultad legal por el supérstite. Es también, junto a ello, la designación por la Ley de una determinada situación fáctica —haber vivido en determinado espacio físico con el titular del arrendamiento— que la norma toma en consideración para hacer posible, mediante la subrogación, una continuidad en la vivienda arrendada, en la que se ha desarrollado, precisamente en ella, dicha convivencia. Esta, y no otra, es la situación protegida mediante la subrogación [...]”. (STC 222/1992, de 11 de noviembre).

Si esto es así, que el matrimonio entre quienes conviven en estas circunstancias se instituya como requisito —a mayores— para la obtención de tal derecho subrogatorio, con la consiguiente exclusión del que no se ha casado pero también convive en situación de hecho no parece, a juicio del Alto Tribunal, tener justificación. Por otro lado, si, como también se ha dicho, la continuidad en la vivienda que implica la subrogación es una medida protectora de la familia, otra vez la diferenciación entre matrimonio y parejas de hecho carece de sentido, también en el parecer del Constitucional, a la luz de la interpretación que de la “familia” y del artículo 39.1 CE lleva a cabo en la propia sentencia, tal y como vimos. Pero es que además, y ya por último, tampoco se podría utilizar para justificar la exclusión del conviviente de hecho un argumento que, sin embargo, sí fue utilizado en anteriores resoluciones del Constitucional (y en particular en la STC 184/90): la seguridad jurídica, que, sin duda, representa el matrimonio frente a una mera situación fáctica como la pareja de hecho. “Es, sobre todo, de inexcusable consideración que la mera procuración de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 CE) cuando de conseguir un objetivo constitucional (art. 39.1 de la propia Norma fundamental) se trata [...]” (STC 222/92, de 11 de noviembre).

A raíz de la examinada STC 222/1992 (y de la consiguiente inconstitucionalidad de la norma arrendaticia) se equiparan los derechos de cónyuges y convivientes en lo que se refiere a la subrogación en la vivienda arrendada, equiparación que se verá, en 1994, recogida en la nueva LAU, en el artículo 16.1 b) al contemplar como beneficiario de la subrogación *mortis causa* a “la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso, bastará la mera convivencia”.

La muerte del conviviente *more uxorio* puede ocasionar otros dere-

chos en relación con la vivienda en la que la pareja venía desarrollando la convivencia. Nos referimos a la posibilidad de que el superviviente permanezca en la vivienda “subrogado *mortis causa*” en el precario que, hasta entonces, tenía como titular al fallecido (58).

Y la conexión de este supuesto con el anterior (con la subrogación *mortis causa* en el arrendamiento) es tan directa que alguna resolución judicial ha derivado precisamente del derecho del compañero a subrogarse en el arrendamiento un pretendido derecho del conviviente superviviente a continuar poseyendo en precario la vivienda que ambos compartían, otorgando, por lo tanto, a éste un título para no ser desalojado por el propietario del inmueble. Es el caso, por ejemplo, de la SAP de Madrid de 15 de junio de 1993 (AC. 1135), que, desestimando la correspondiente acción de desahucio, señalaba: “[...] doña Pilar y el fallecido don Pedro tenían una convivencia efectiva, de unión de hecho, cuyo concepto excede de la mera tolerancia que integra el precario, de forma que si el Tribunal Constitucional en Sentencia 8-2-1993 admitió la subrogación de hecho de la compañera sentimental del arrendatario por aplicación de los arts. 39.1 y 40 de la Constitución, no hay razón para no entenderlo así respecto de la ocupante de la vivienda, al menos en el marco del juicio de desahucio por precario [...]”. (No obstante, también reconoce la propia sentencia que la valoración concreta de este extremo excede los límites del juicio de desahucio “porque la validez o nulidad del título que dice ostentar la demandada para la ocupación de la vivienda ha de realizarse en el juicio declarativo que corresponda”).

Supuesto diferente —y fallado también en diverso sentido— es el de la SAP de Asturias de 3 de julio de 1996 (AC. 1539). Aquí la conviviente superviviente pretendía —a la muerte de su compañero y propietario de la vivienda— continuar poseyendo la finca a título de precarista (y no, como en el ejemplo anterior, “subrogarse” en un precario ya preexistente). La acción de desahucio es entablada por la heredera legal del fallecido (y, por ende, propietaria de la casa). La Audiencia estima la acción: “[...] cumplidos por la actora los presupuestos exigidos para que pueda prosperar su pretensión, esto es, el título de propiedad en

(58) Otras hipótesis de precario en relación con las parejas de hecho son analizadas entre los efectos jurídicos de la ruptura. En ellas, uno de los convivientes, tras la separación, pretende ocupar como precarista la vivienda propiedad de su compañero, ejerciéndose la acción de desahucio por éste; mientras que las que ahora estudiamos, tratan del posible derecho del que sobrevive para continuar la ocupación, subrogándose en el precario del compañero. En estas últimas, el desalojo se ejerce por el propietario de la vivienda a la muerte de su precarista inicial.

su condición de heredera del fallecido y que requirió a la demandada con un mes de antelación; y no habiendo acreditado ésta título bastante o que pagara renta o merced, debe prosperar la demanda, pues la mera convivencia extramatrimonial por sí misma no otorga al conviviente no titular, una vez fallecido o producido el cese de la convivencia, título suficiente para continuar poseyendo dicho bien, si no aporta alguna evidencia más que permita, en su caso, aplazar la discusión al declarativo [...].”

— *Derechos sucesorios*

La condición de conviviente de hecho no constituye en modo alguno título para ser heredero del compañero. Si bien esto es así —la convivencia no es causa de nacimiento de derechos hereditarios— la falta de convivencia prolongada (y, a lo mejor, la existencia de perjuicio al conviviente acreditado) sí parece convertirse, en algunos casos, en causa de pérdida de tales derechos.

En este sentido, la STS de 13 de junio de 1986 (A. 3549) desestima la pretensión de una viuda, separada de hecho más de cuarenta años —tiempo durante el cual el marido convivió con otra mujer— de obtener el usufructo viudal universal (al que tenía derecho según el Derecho aragonés) por considerarla contraria a la buena fe y constitutiva de abuso de derecho puesto que tal pretensión causaba “daño a tercero” (art. 7.2 Cc.), reflejado en un perjuicio a la situación de la compañera de aquél: “Ni el apéndice al Código civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón [...], ni la Compilación del Derecho Civil de Aragón [...] contemplan los efectos que pueda producir la separación de hecho de modo específico [...] por lo cual la pretensión de la viuda hay que estimarla ajustada a la letra de la Ley [...]. Sin embargo debe reconocerse para este caso y sin generalizar, que la pretensión de la viuda es contraria a la buena fe, porque rota, con su consentimiento la convivencia conyugal en mil novecientos treinta y cuatro [...] reclama sus derechos legales después de más de cuarenta años de mantenimiento de la situación, para obtener unos bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto y tal conducta contraria la buena fe conforma uno de los requisitos del abuso de derecho, complementado por una falta de equidad que se aprecia en la posible desposesión a la conviviente con el marido desde mil novecientos treinta y ocho a mil novecientos ochenta y uno e incluso al hijo del matrimonio, causando con ello el natural perjuicio a estos terceros al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites

éticos (protección del matrimonio conviviente), teleológicos (derechos viduales al cónyuge supérstite conviviente) y sociales (seguridad en las relaciones matrimoniales mantenidas por el efecto de los cónyuges), lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los tribunales deben impedir en aplicación del artículo siete apartado dos del Código civil [..]”.

Por supuesto, lo que es posible es que el conviviente supérstite acceda al caudal relicto de su pareja por vía testamentaria. La consolidación en la jurisprudencia de la relación de hecho como relación lícita ha determinado la validez de las atribuciones testamentarias que puedan hacerse los convivientes, que, en otro caso, podrían ser invalidadas por causa inmoral. Ejemplos de lo señalado son la sentencia arriba citada —STS de 13 de junio de 1986 (A. 3549)— que considera válida una cláusula de usufructo que beneficiaba a una conviviente y la STS de 18 de noviembre de 1994 (A. 8777) que reitera tal juicio respecto de los legados a favor de la conviviente supérstite.

— *Indemnización por causa de muerte del compañero*

Pocos problemas plantea en la actualidad el reconocimiento del conviviente supérstite como perceptor de la indemnización por muerte de su pareja, ya sea por vía del artículo 1.902 del Código civil ya sea por la de los artículos correspondientes del Código penal. Desde que la jurisprudencia ha escindido completamente la condición de legitimado para demandar tal indemnización de la de heredero (59) (y, por lo tanto, de la de pariente) y la ha vinculado con la de perjudicado por el daño, es decir, por el fallecimiento, apenas habrá inconveniente en admitir como legitimado al conviviente, si efectivamente se prueba el requisito imprescindible: haber sufrido perjuicio —ya económico ya moral— por la muerte de su pareja.

A esta conclusión coadyuvó, otra vez, la ausencia de ilicitud en las relaciones afectivas de hecho, que desde hace tiempo se viene proclamando, porque si no fuera así, si se consideraran inmorales, se erigirían importantes obstáculos en su consideración como perjudicado, tal y como parece colegirse de la STS de 25 de noviembre de 1969 (A. 5508): “[...] que para que la pérdida de un ser querido otorgue

(59) Vid. SSTS de 17 de febrero de 1956 (A. 1103); 7 de diciembre de 1968 (A. 5835); 20 de enero de 1970 (A. 247); 1 de julio de 1981 (A. 3037); 4 de mayo de 1983 (A. 2622), entre otras.

derecho a indemnización a personas familiarmente extrañas a él, por los daños y perjuicios materiales y morales que su muerte les haya podido ocasionar, 'es imprescindible que la relación de esas terceras personas con la víctima sea lícita, pues en caso contrario, la jurisprudencia ha estimado que no se puede amparar situación de hecho que encierre en sí misma una ilicitud... Que toda la argumentación cae por su base, con sólo tener en cuenta que la actora, que convivía con don Manuel A. G. lo hacía por virtud de matrimonio canónico que con él tenía contraído y tal situación de convivencia no puede calificarse de ilícita, porque, [...] la Moral no le prohibía convivir con quien, canónicamente, era su esposo [...]”.

En todo caso, sentencias coetáneas a la expuesta, como la STS de 19 de mayo de 1969 (A. 2894), de la Sala de lo Criminal, otorgaron indemnizaciones al supérstite de la pareja de hecho, en contra de la pretensión de la viuda del fallecido: “[...] no puede prosperar, pues tales preceptos [arts. 104 y 101 del CP] no mencionan a los herederos y sí a los que sean perjudicados, por tanto, no existe el derecho de la viuda recurrente a percibir indemnización [...] y aunque cierto es que la recurrente estaba casada con el fallecido, señor Z., con quien contrajo matrimonio, siendo viuda y con hijos, no lo es menos que tal matrimonio vivía separado de hecho hacía más de veinte años”.

Más nítidamente se expresa la SAP de Valladolid de 12 de septiembre de 1986: “La acción para exigir la responsabilidad procedente de culpa extracontractual corresponde al perjudicado, sin que se identifique con la cualidad de heredero, en el caso de fallecimiento, al recaer los perjuicios que del hecho de la muerte pueden sobrevenir sobre aquéllos que dependían económica o moralmente del fallecido; y, en el caso, tiene acción la actora, única que convivía como esposa con la víctima del accidente, y del que dependía económicamente” (60).

Por último, también presuponiendo la condición de la conviviente de hecho como legitimada activa para reclamar la indemnización por el fallecimiento de su pareja muerta en un accidente de circulación, la SAP de Pontevedra de 23 de noviembre de 1994 (A. 1997/1995), rechaza la indemnización por no haberse probado la efectiva existencia de una unión de hecho entre la recurrente y la víctima: “Son muy endebles los elementos de juicio ofrecidos para la caracterización de la relación habida entre la actora y el fallecido Alfredo G. como propia pareja que se quiere presentar. Por ello, no puede estimarse que la

(60) Sentencia citada por ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales...*, op. cit., p. 344.

actora sea, en verdad, perjudicada a los efectos pretendidos de obtener indemnización por el fallecimiento del citado señor G.". Entendiéndose, entonces, que si se demostrara la concurrencia de los requisitos exigidos por la propia jurisprudencia para las uniones de hecho, no habría obstáculo alguno en la concesión de la condición de perjudicada —al menos, moral— y, por ende, en el otorgamiento de la correspondiente indemnización, en este caso, debida por la aseguradora contra la que se dirigía el recurso.

Cosa diferente acontece en la percepción de los seguros de vida que el conviviente de hecho pudiera haber contratado, sin mencionar expresamente al compañero o compañera como beneficiaria de los mismos. En estos casos, el art. 84 LCS establece que: "Si en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiere beneficiario concretamente designado, ni reglas para su determinación [es decir, que no pudieran aplicarse las reglas del art. 85], el capital formará parte del patrimonio del tomador". Y, precisamente por ello, el conviviente no podrá acceder a tales seguros al carecer de la condición de heredero del tomador, tal y como se vió en la SAP de Valencia de 22 de abril de 1996 (AC. 829): "[...]no puede estimarse probado, cual pretende la parte actora-apelada, que el asegurado y tomador del seguro designara concretamente como beneficiaria a la demandante, y, de otro, porque no se estima equivalente, a los efectos que tratamos, la unión de hecho extramatrimonial a la unión matrimonial, ni por ende la situación del que convive de hecho con la de cónyuge [...] máxime cuando el tomador, habiendo podido designar libremente como persona beneficiaria a la actora, no lo hizo. No siendo, por tanto, la demandante cónyuge, ni heredera legal del asegurado, ni pudiendo ser asimilada a la figura del cónyuge, por lo que ya se ha indicado, claro es que adolece de falta de legitimación para postular la reclamación que hace".