

Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales. Parte segunda:

Efectos patrimoniales (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. POSIBILIDAD DE SU REGULACION POR PACTO: A) ASIMILACIÓN A LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES. B) CONFIGURACIÓN DE LA UNIÓN COMO SOCIEDAD. C) CONSTITUCIÓN DE UNA COMUNIDAD DE BIENES.—III. FALTA DE PACTO O CONVENCION: A) POSIBILIDAD DE ACUDIR A RÉGIMENES MATRIMONIALES SUPLETORIOS. B) ¿ASIMILACIÓN A LA FIGURA DE LA «SOCIEDAD DE HECHO»? C) TEORÍA DE LA COMUNIDAD DE BIENES. D) EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y LA EQUIDAD COMO SUPLETORIOS.—IV. EFECTOS DURANTE LA CONVIVENCIA: A) CARGAS Y GASTOS. B) ALIMENTOS. C) VIVIENDA: a) *Vivienda propia*; b) *Vivienda arrendada*. D) CONTRATACIÓN ENTRE CONVIVIENTES: a) *Relaciones laborales*; b) *Donaciones*. E) EFECTOS FRENTE A TERCEROS.—V. EXTINCIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO: A) CAUSAS. B) EFECTOS. C) SUCESIÓN HEREDITARIA: a) *Regla general*; b) *Ley de Cataluña*; c) *Ley de Aragón*; d) *Ley Foral de Navarra*.—VI. JURISPRUDENCIA: A) SENTIDO GENERAL. B) CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA UNIÓN DE HECHO.—CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

La vida en común de las parejas de hecho origina, inevitablemente, una serie de relaciones patrimoniales y económicas, ya que los convivientes han de hacer frente a las necesidades y gastos, ordinarios o extraordinarios, que se presenten. Si adquieren bienes, pueden hacerlo conjunta o separadamente, y ahí está el problema de su titularidad o el destino de los frutos que produzcan. ¿Se comunican los salarios o productos de los negocios? Puesto que no hay entre ellos un régimen matrimonial aplicable, ¿hay sociedad o sólo comunidad, y de qué tipo? Son problemas variados y múltiples que necesitan solución (69).

(*) Trabajo dirigido por el Profesor Doctor don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ.

(69) Se ocupan de este tema, en su planteamiento:

— GALLEGO DOMÍNGUEZ, obra dicha, pág. 125.

— ESTRADA ALONSO, obra citada, pág. 169.

— SIMÓ SANTONJA, discurso citado, pág. 23.

Para los que abogan por la analogía con el matrimonio, lo más oportuno sería aplicar a las relaciones de hecho el mismo régimen económico matrimonial vigente en el país o región de la residencia de los convivientes. Pero tanto la doctrina como la jurisprudencia rechazan esta solución, sencillamente porque el matrimonio y la unión de hecho son realidades distintas y por ello no cabe aplicarles igual tratamiento jurídico.

En algunas legislaciones se permite a los unidos de hecho acudir a pactos, previos o posteriores, o se regulan las soluciones para si esos acuerdos faltan. En el Derecho español no hay disposiciones específicas sobre el particular, y por ello habrá que aplicar en cada caso concreto la norma más adecuada, que no siempre será pacífica. Téngase en cuenta que, normalmente, las relaciones patrimoniales quizá no presenten problemas en el transcurso de la convivencia; pero cuando llega el momento, bastante frecuente en la práctica, de la extinción de esa convivencia, es cuando surgirán las disputas entre los convivientes o los herederos sobre las aportaciones efectuadas, la participación en las ganancias o la remuneración de los servicios prestados por uno o por otro.

Como dice SIMÓ SANTONJA, para solucionar estos problemas hay dos grandes grupos de posibilidades: por una parte, se trata de bucear en disposiciones legales extrañas al Derecho de familia, que, caso a caso, puedan resolver las cuestiones planteadas; por otra, se trata de utilizar analógicamente reglas del Derecho familiar para encontrar salidas válidas o al menos útiles.

Si adoptamos el primer sistema, se trata de recurrir, de forma simultánea o complementaria, a diversas figuras o instituciones como la normativa societaria, la renta vitalicia, la comunidad de bienes, el enriquecimiento sin causa, la retribución por servicios prestados, etc.

La analogía con el régimen económico matrimonial es rechazada, como hemos dicho, por la generalidad de la doctrina, que no admite la posibilidad de que los que se van a unir de hecho pacten el acogerse a los regímenes que la ley establece para el matrimonio. Sin embargo, hay países donde se admite que la pareja no casada pueda reglamentar contractualmente su convivencia, creando una especie de asociación basada en la igualdad de derechos y deberes.

En el Derecho comparado hay variedad de sistemas, empezando por legislaciones que no se ocupan del tema, como es España, y otras que lo abordan de diversos modos:

- Algunas legislaciones hispanoamericanas permiten, expresa o por asimilación, la aplicabilidad del régimen económico matrimonial existente en el país a la unión de hecho, con remisión genérica a sus normas. Así ocurre en Bolivia, Guatemala, Estados de Hidalgo y Tamaulipas de México, y Panamá. En Paraguay, según su Código Civil de 1987,

se considera constituida una sociedad de hecho entre los convivientes. En Venezuela se presume la existencia de una comunidad de bienes, según el artículo 767 de su Código de 1942.

- Otras legislaciones especifican que los convivientes no tienen derecho alguno sobre el patrimonio del otro integrante de la pareja, tal como se establece en el Estado mexicano de Zacatecas.
- En otros países se deja al arbitrio judicial resolver las cuestiones que se presenten. El artículo 43 de la Constitución de Cuba establece la posible aplicación por los jueces del régimen económico matrimonial a las uniones de hecho por razones de equidad. Y en Nueva Gales del Sur (Australia), la *De Facto Relationship Act* de 1984, otorga a los jueces un gran poder de decisión para distribuir los bienes de los convivientes, según lo estimen justo y en equidad.
- Y hay países donde se admiten, a veces con limitaciones, las convenciones previas de las uniones de hecho, siguiendo el patrón de los pactos matrimoniales. Así, el artículo 52 de la *Family Law Reform Act* de 1978, de Canadá, permite a las parejas heterosexuales, no casadas, pactar su régimen de vida de modo bastante análogo al de las parejas casadas, regulando las mismas cuestiones que concurren en un contrato matrimonial. En Alemania hay incluso modelos impresos de contratos privados que se pueden adquirir para rellenarlos, cuya validez es discutida por los juristas alemanes, que consideran su posible inconstitucionalidad. En Bélgica la ley limita la libertad contractual de las parejas no casadas, considerando inválido, por contrario al interés público, todo pacto que pretende aplicar efectos jurídicos específicos del matrimonio. En Holanda y Suecia estos pactos pre-union de hecho son considerados legales y se orientan a través de un contrato atípico de sociedad civil un tanto análogo a las capitulaciones matrimoniales.

II. POSIBILIDAD DE SU REGULACION POR PACTO

Aunque, según hemos visto, en las leyes autonómicas de Cataluña, Aragón y Navarra se contempla como algo normal el que los componentes de las uniones de hecho hagan constar la convivencia y sus relaciones subsiguientes por medio de escritura pública, la verdad es que este medio será muy poco frecuente y hasta excepcional. La situación de hecho comienza casi siempre de modo totalmente informal y con pocas o ningunas ganas de pensar en la reglamentación de su futuro, que de momento se contempla de color de rosa. La regulación de los aspectos económicos de las parejas no casadas suele pasar inadvertida mientras conviven, pero al sobrevenir la ruptura se revela de

forma contenciosa; es en ese momento cuando se plantea saber de quién son los bienes que hasta entonces han compartido y cuál será la norma a seguir para su reparto.

Se dirá que algo parecido ocurre cuando se produce la ruptura de un matrimonio, pero con la diferencia de que entonces hay unas normas legales que determinan claramente el régimen a seguir para liquidar la sociedad conyugal, lo que no se da en las uniones de hecho, a no ser que se haya previamente pactado por los convivientes. ¿Son posibles estos pactos entre los convivientes de hecho? Si, como parece, sí lo son, ¿cuáles con sus límites? ¿Qué es lo que pueden y no pueden pactar?

Como dice MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ (70), tanto en el Derecho español como en los ordenamientos extranjeros, se consideró que los pactos concluidos entre los convivientes no casados eran nulos de pleno derecho por ser considerados contrarios a la moral, a las buenas costumbres y al orden público, siendo ilícita su causa. Se oponían, por tanto a los artículos 1.255 y 1.274 del Código Civil.

Sin embargo, dentro de los límites que veremos, las opiniones doctrinales y las declaraciones jurisprudenciales han cambiado, permitiendo la posibilidad de estos pactos patrimoniales entre los convivientes de hecho. El profesor LACRUZ BERDEJO (71) reconoce que está claro que los argumentos clásicos contra la validez de las convenciones entre convivientes *more uxorio* tienen hoy escaso alcance, cuando los hijos matrimoniales y extra-matrimoniales tienen igual consideración; actualmente, dice, la convivencia duradera entre hombre y mujer fuera del matrimonio no se considera, en círculos sociales muy amplios, como una infracción a las buenas costumbres y, por tanto, tampoco hay razón para que los sean las correspondientes convenciones.

El Tribunal Supremo ha admitido igualmente la posibilidad de que los convivientes no casados pacten su situación patrimonial. En este punto puede verse la sentencia de 18 de mayo de 1992, en la que se declara que no se trata de situaciones totalmente ilegales, sino toleradas y fragmentariamente objeto de atención legal, sin haberse desprovisto plenamente de su forma de vida compartida, marginales a las uniones matrimoniales; se crean unas situaciones de hecho, a las que, en términos de estricta justicia y por imperio de equidad, ha de tenerse en cuenta en la mayoría de los supuestos, pues en otro caso, las consecuencias negativas superarían a las positivas.

(70) En su trabajo «Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial», en *RCDI*, núm. 626, enero-febrero de 1995, pág. 129.

(71) *Elementos de Derecho civil. Derecho de familia*, 1982, pág. 583.

A) ASIMILACIÓN A LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES

Vista la posición doctrinal y jurisprudencial que admite la validez y posibilidad de que los convivientes pacten de modo expreso sus relaciones patrimoniales, surge la cuestión de si tales pactos son asimilables a las capitulaciones en las que los esposos regulan su régimen económico matrimonial.

La idea inicial y la que mantiene la mayoría de la doctrina es la de que no cabe esa equiparación. En efecto, admitir lo contrario supondría una auténtica discriminación para los casados, pues éstos están obligados a capitular siempre que quieran modificar el régimen económico que fija la ley; los de Derecho común han de excluir expresamente los gananciales, los catalanes y balears, precisan de capitulaciones si quieren un régimen distinto a la separación. ¿Por qué se va a conceder que los convivientes en uniones de hecho puedan acordar, sin más, cualquier otra forma de régimen económico sin seguir las reglas de los matrimonios?

No han faltado autores que han manifestado su opinión favorable a la posibilidad de que los convivientes no casados regulen su régimen patrimonial acogiéndose a cualquiera de los regímenes matrimoniales existentes, basándose en la libertad de pacto que se pretende deducir del artículo 1.255 del Código Civil.

Es célebre una sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 21 de abril de 1986, que aplicó las normas de la sociedad de gananciales a la liquidación de una unión de hecho, presumiendo que esa era la voluntad de los convivientes, para lo que se basó en que se habían comprado su vivienda con manifestación de que lo hacían *para su sociedad conyugal* y como tal se había inscrito en el Registro de la Propiedad. Y la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, de 18 de mayo de 1992, declaró que si las personas convivientes han tenido semejante previsión, cabe aplicar el régimen de gananciales o cualquier otro que hayan pactado.

Consideramos que no es posible pactar en las uniones de hecho un régimen equivalente o paralelo al del matrimonio. La analogía a la que se pretende acudir es demasiado forzada para admitirla y contra ella se ha manifestado la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de nuestro entorno jurídico. La unión de hecho y el matrimonio no son situaciones idénticas y por ello no cabe la igualdad de trato normativo. Así, ESTRADA ALONSO (72) nos dice que la unión libre está exenta del acto matrimonial que concede una serie de derechos y obligaciones que constituyen un verdadero *status jurídico*, y en consecuencia, no será posible aplicar analógicamente a la unión de hecho el régimen económico matrimonial que se encuentra incluido en ese *status*. No existe en la convivencia *more uxorio* ninguna

(72) Obra citada, pág. 174.

voluntad nupcial, pues se trata de una simple situación de hecho que no produce ningún efecto jurídico por sí misma y que adquiere una formación diferente a la del matrimonio. Aplicar el régimen económico matrimonial iría en contra de las normas imperativas que regulan las formalidades exigibles para celebrar matrimonio.

De la misma opinión es GALLEGO DOMÍNGUEZ (73), según el cual, si bien esta solución de aplicar el régimen de gananciales tiene la ventaja práctica de facilitar la liquidación de las uniones de hecho, no la admite, porque parte de la base de la incorrección de asimilarla al matrimonio cuando son situaciones distintas. Pueden tener aspectos materiales comunes, pero son por completo diferentes y además, en el caso de las uniones, falta por completo la publicidad que proporciona el Registro Civil. Por ello piensa que debe excluirse la idea de aplicar el régimen de gananciales a las uniones extramatrimoniales por el mero hecho de su existencia. Y debe excluirse, no sólo porque no lo admiten las normas hoy vigentes en nuestro sistema, sino que incluso *de lege ferenda* debería consagrarse por ley la vigencia de un principio de separación entre los unidos, por ser el más adecuado a la voluntad de dos sujetos que no contraen matrimonio porque no desean quedar sujetos a las normas reguladoras del mismo.

Efectivamente, el régimen económico matrimonial tiene como presupuesto legal el matrimonio. Los propios preceptos del Código que se refieren al régimen de gananciales, los artículos 1.344 y 1.345 hablan de *marido y mujer* y de *matrimonio*, conceptos que son estrictos y no extensivos.

Por estos razonamientos nos inclinamos resueltamente por la postura que no admite entre convivientes *de facto*, la remisión genérica y en globo a regímenes matrimoniales regulados por el Código y menos aún el régimen de gananciales. No cabe una aplicación analógica entre la sociedad de gananciales y las uniones de hecho, pues falta la *eadem ratio*.

Menos dificultad aparenta la equiparación de la unión de hecho con la separación de bienes, pues entre los convivientes parece que existe en principio una total separación en la propiedad, la administración y la disposición de los bienes de cada uno de los componentes de la unión de hecho. La Ley catalana, ya lo hemos visto, así lo presupone, a falta de pacto en contrario, en el artículo 3 para las parejas heterosexuales, y en el artículo 32 para las homosexuales.

Pero, como advierte GALLEGO (74), no se puede equiparar la separación de bienes de los convivientes con la regulada en el Código Civil, ya que aquéllos no están unidos por matrimonio, que es el requisito esencial para poder aplicar los artículos 1.435 a 1.444. Simplemente, cada uno de los convivientes

(73) Tesis dicha, págs. 158 y 164.

(74) Obra citada, pág. 170.

tendrá la propiedad, administración y disposición de los bienes que adquiere con su trabajo o como rendimiento de sus bienes. No obstante, termina, esta separación de patrimonios no puede llevar a resultados injustos o abusivos, pues no se debe ignorar el hecho de que la convivencia prolongada puede dar lugar a enriquecimientos y correlativos empobrecimientos injustificados. De ello hablaremos después.

Por otra parte, decir *separación de bienes* no impide que quepan pactos de tipo societario o que no sea posible la existencia de sociedades irregulares, como veremos a continuación.

B) CONFIGURACIÓN DE LA UNIÓN COMO SOCIEDAD

Según el artículo 1.665 del Código Civil, la sociedad es un contrato por el cual dos (*o más*, dice, pero en este caso serán sólo dos) personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias. La sociedad debe tener un objeto lícito y establecerse en interés común de los socios (art. 1.666).

Según sean las aportaciones de los socios y sus efectos, las sociedades pueden ser universales o particulares. Las primeras pueden ser de los bienes presentes o de todas las ganancias. En virtud de la sociedad universal de todos los bienes presentes, se ponen en común los bienes que pertenecen a los socios en el momento de constituirse la sociedad y sus frutos mientras dure la asociación, pero no los que adquieren después a título gratuito (arts. 1.673 y 1.674 del Código Civil). La sociedad universal de ganancias comprende sólo lo que adquieren los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad (art. 1.675). La sociedad civil particular es la que tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso y sus frutos, una empresa concreta o el ejercicio de una profesión o arte (art. 1.678).

Nos ha parecido útil anteponer estos conceptos iniciales a fin de mejor abordar la cuestión de si es admisible que los convivientes, antes de iniciar su unión de hecho o en el transcurso de la misma, pueden pactar la constitución de una figura societaria para regir sus relaciones patrimoniales.

No han faltado opiniones contrarias, bien basándose en el argumento de la ilicitud de la causa, que se veta en el artículo 1.666 del Código Civil, como en la equiparación de la sociedad universal de ganancias con el régimen matrimonial de gananciales. Así, CERDÁ GIMENO (75) opinó que los convivientes pueden celebrar un contrato válido de sociedad cuando sus relaciones personales, con independencia absoluta de su situación personal, lo justifi-

(75) Artículo citado en el libro *Estudios de Derecho de Familia*, pág. 537.

quen, con la sola excepción de la sociedad universal, que por sus características especiales equivaldría a dotar de un verdadero régimen matrimonial a la unión ilícita.

GALLEGO DOMÍNGUEZ (76), tras analizar los requisitos que el maestro CASTÁN señalaba para el contrato social (capacidad, objeto social, constitución de un fondo social, intención de obtener un lucro común partible y *affectio societatis*), y en su aplicación a una unión de hecho, concluye que entiende admisible que los convivientes regulen su régimen económico mediante la figura de una sociedad civil y cree que el tipo más adecuado es la sociedad de ganancias, si lo que se quiere es una cierta similitud con el régimen de gananciales. De lo que no tiene ninguna duda este autor es de que los convivientes pueden pactar una sociedad civil particular, aunque ésta será poco útil para resolver las cuestiones de las adquisiciones y ganancias obtenidas durante la unión.

ESTRADA ALONSO (77) admite la sociedad universal de ganancias, pero no la de todos los bienes presentes. En cuanto a la primera, dice que si los convivientes pueden celebrar contratos, siempre que éstos no sean ilícitos, también podrán constituir una sociedad universal de ganancias. En cambio, rechaza la constitución entre convivientes de una sociedad universal de todos los bienes presentes, que difícilmente podrá presumirse, desde el momento en que incluye aspectos y vínculos de naturaleza personal que deben permanecer ajenos a la regulación de la unión de hecho. Recuerda al efecto la nulidad de cualquier acuerdo entre los convivientes cuya intención sea regular sus relaciones personales y que les obligue más que el propio matrimonio. Admite la sociedad particular, pero expresamente pactada, pues no se presume por el simple hecho de la convivencia; no cabe aquí la llamada *sociedad irregular*, por falta de escrito o publicidad; la práctica totalidad de la doctrina entiende que no basta la convivencia y patrimonio en común para que se entienda constituida una sociedad entre convivientes; ni siquiera, remacha, es suficiente que se dé una explotación común de un comercio y que los unidos vivan de los beneficios de ese comercio.

El autor francés BERNARD DEMAÎN (78) estudia detalladamente la jurisprudencia que en su país exige la concurrencia de determinados requisitos para admitir la existencia de sociedades entre concubinos, y se pregunta cuál es realmente la naturaleza jurídica de estas sociedades y cuáles los efectos que producen tanto respecto de los concubinos como respecto de terceros.

(76) Tesis dicha, pág. 147 y sigs.

(77) Obra citada, pág. 180.

(78) *La liquidación de bienes de las uniones de hecho*, Editorial Reus, Madrid, 1992, traducción del Profesor GONZÁLEZ PORRAS y prólogo a la edición española del Profesor CASTÁN VÁZQUEZ.

Y concluye diciendo que si la jurisprudencia no exigiese esas condiciones, vendría a crearse entre concubinos, bajo la cubierta de una sociedad de hecho, una verdadera comunidad, un verdadero régimen matrimonial, se daría de esta manera al concubinato los efectos pecuniarios equivalentes a los del matrimonio.

También el Notario SIMÓ SANTONJA (79) admite claramente la posibilidad de pactar las relaciones patrimoniales en la unión de hecho bajo la forma de sociedad civil. No considera insalvable la objeción de que aquí no hay el *ánimo de partir las ganancias* que exige el artículo 1.665 del Código Civil, pues eso incluso se da en la sociedad de gananciales y no es obstáculo para su existencia. Igualmente desecha el inconveniente que podrá dimanar del artículo 1.666, que exige un objeto lícito; la objeción, dice, carece de peso si se tiene en cuenta que diversos textos legales españoles reconocen ciertos efectos a la relación de hecho. Las posibilidades que brinda la solución de pactar una sociedad a quienes pretenden resolver su problema de vida en común sin matrimonio son amplísimas, pues el artículo 1.672 admite la sociedad universal, el 1.674 reconoce que puede pactarse la comunicación recíproca de las ganancias, el 1.680 fija la duración de la sociedad, el 1.707 reconoce la posibilidad de disolución antes del plazo pactado si falta uno de los compañeros a sus obligaciones, y el 1.708, que se remite a las reglas de la herencia para la partición. SIMÓ SANTONJA llega a más, en una idea que nos parece bastante atrevida y difícil de admitir, y es que, dice, incluso cabe pensar hasta qué punto sería válido, no el pacto de remitirse a los artículos que regulan la sociedad legal de gananciales, sino la adopción de pactos concretos en que tradujeran a la sociedad civil como las mismas normas de los gananciales. Dice también SIMÓ que igualmente podrá constituirse una sociedad mercantil de responsabilidad limitada. Nos parece una solución exagerada, por las formalidades de escritura e inscripción en el Registro Mercantil, y poco apropiada para quienes por principio dicen que huyen de toda formalidad; dice que el Notario MERINO HERNÁNDEZ expuso en el coloquio de Messina que él la había utilizado en un caso concreto, con resultado satisfactorio hasta el momento. Como anécdota puede valer.

Como resumen de estas opiniones doctrinales, parece que puede admitirse que los convivientes pacten como régimen patrimonial cualquiera de las formas societarias, excepto la sociedad universal de bienes y ganancias, en cuanto que en ésta habrían de expresar como causa la unión de hecho, que, como tal, sería una causa no lícita, y por tanto, el contrato que se hiciera caería en la inefectividad que declara el artículo 1.275 del Código Civil.

(79) Discurso académico dicho, pág. 29.

C) CONSTITUCIÓN DE UNA COMUNIDAD DE BIENES

Si hemos considerado posible construir una sociedad civil y aún mercantil para regular los aspectos patrimoniales de las uniones de hecho, ¿cabría que los convivientes pudieran pactar sólo la existencia entre ellos de una comunidad de bienes?

Nuestro Código Civil regula la comunidad de bienes en el Título III de su Libro II, donde comienza definiéndola en su artículo 392, al decir que *hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece proindiviso a varias personas*. Según el artículo 393, *el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales mientras no se pruebe lo contrario*.

Por supuesto, la comunidad que regula nuestro Código es la llamada romana, en oposición a la germánica, que tiene supuestos distintos. El Maestro CASTÁN (80) dice con su claridad habitual que en la comunidad o condominio romano la cosa pertenece a los condóminos por partes intelectuales o cuotas o partes proindiviso; en la comunidad germánica, o sea, la llamada propiedad colectiva o en mano común, la cosa pertenece a la colectividad, sin ninguna división ideal de cuotas. En la primera, aclara, cada comunero puede disponer de su cuota, mientras que en la segunda, no existiendo cuotas propiamente dichas, no existe la posibilidad de disponer y enajenar. Si la sociedad de gananciales es precisamente la germánica, según su regulación legal y repetidas declaraciones del Tribunal Supremo y la Dirección General, no parece que este tipo sea el adecuado para aplicarlo a la unión de hecho, y por ello se debe entender que si los convivientes pactan comunidad de bienes, ha de ser del tipo romano, y no otro.

En esto coincide actualmente la doctrina que se ha ocupado del tema. En Francia, donde la regulación de la comunidad en el *Code* no es tan adecuada como en nuestro Código, varios autores quisieron ver en la unión extramatrimonial una especie de comunidad de hecho, cosa que critica BERNARD DEMAINE (81), diciendo que esto es tanto como aplicar a la unión de hecho un pseudorégimen matrimonial.

En España no se ha presentado la duda, según nos dicen ESTRADA ALONSO y GALLEGO DOMÍNGUEZ (82). Los convivientes, valiéndose de los medios transmisivos ordinarios (cesión, permuta, donación) pueden conseguir que todos o parte de los bienes de titularidad de uno pasen a pertenecer a ambos proindivi-

(80) *Derecho Civil Español, Común y Foral*, edición de 1984, tomo segundo, volumen I: Derecho de cosas, pág. 417.

(81) Ver libro citado, pág. 111.

(82) Ambos en sus libros citados, el primero en la pág. 183, y el segundo en la pág. 154 de su Tesis.

so, sujetándose a las normas generales de la contratación. Pueden alcanzar voluntariamente este resultado como modo de traducir en términos jurídico-patrimoniales la comunidad de vida y confusión de hecho que puede existir en sus relaciones económicas. Junto a esto, es evidente que en el momento de adquirir un bien o derecho concreto puede hacerse proindiviso por ambos convivientes.

El Notario SIMÓ SANTONJA (83) dice que puede darse comunidad en particular sobre cada casa o derecho, expresándolo así en el momento de su adquisición, con lo que niega la posibilidad de un pacto de comunidad, mirando al futuro. Aunque pudiera deducirse otra cosa de la libertad de pactos que permite el artículo 1.255 del Código Civil, es evidente que el artículo 392 del mismo indica claramente que tal comunidad ha de acordarse en el momento de adquirir cada cosa o derecho, lo que hace inviable un pacto de comunidad futura sobre bienes inconcretos aún no adquiridos. Nada obsta, sin embargo, para que cada vez que se adquiriera un bien se modalice la comunidad con reglas especiales protegidas y amparadas por el párrafo segundo de dicho artículo. Así, se pueden establecer pactos especiales respecto a varios puntos que autoriza el propio Código, por ejemplo: fijar el concurso de los partícipes en los beneficios y las cargas (art. 393), regular el servicio que puede prestar la cosa a cada partícipe (art. 394), fijar la contribución a los gastos de la casa o derecho común (art. 395), el tiempo de duración de la comunidad y su posible prórroga (art. 400), etc.

III. FALTA DE PACTO O CONVENCION

Los artículos 1.315 y 1.316 del Código Civil señalan, para las regiones de Derecho Civil común, que el régimen del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales y a falta de las mismas, o cuando sean ineficaces será el de la sociedad de gananciales. En Cataluña, el régimen legal es la separación de bienes; en Aragón, la comunidad de muebles y adquisiciones, y en Navarra es régimen legal supletorio el de conquistas, según la Ley 82 de su Fuero Nuevo.

Si partimos de la idea clara de que no cabe equiparar los sistemas matrimoniales, determinados por ley, con las uniones de hecho, ¿cuál será la solución a adoptar para el caso, el más frecuente, de que los convivientes no se hayan preocupado de establecer por pacto las reglas que han de regir sus relaciones patrimoniales?

No han faltado autores y aun decisiones judiciales que han acudido a la analogía para facilitar la solución a los problemas planteados. La Ley de Parejas de Cataluña presupone la separación al decir que *cada miembro de la*

(83) Discurso académico dicho, pág. 29.

pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes (arts. 3 y 22), reservando la posibilidad de pacto solamente para otras cuestiones distintas. La Ley aragonesa no regula nada sobre el particular, guardando silencio.

Ante esto, hay que decidir la cuestión de cuál será el régimen patrimonial, pues si durante la convivencia quizá ni se plantea, tendrá importancia decisiva a la hora de la ruptura o del fallecimiento de uno de los convivientes.

Porque el problema no se ciñe a determinar la propiedad de los bienes adquiridos, cosa que sería relativamente fácil con sólo mirar al título con que se hizo la adquisición. Hay otros problemas relacionados con las ganancias producidas durante la unión, de origen no siempre determinado. Como dice GALLEGU DOMÍNGUEZ (84), los problemas que pueden plantearse son arduos y variados; lo que debe evitarse en todo caso es un enriquecimiento injusto de uno de los convivientes a costa del oro. Las modalidades de la vida extramatrimonial que podemos encontrar en la práctica son plurales, y cada una de ellas ha de valorarse conforme a sus circunstancias. Es justo atender a las pretensiones del conviviente que dedicó su trabajo, atenciones y aportaciones al hogar común, mientras que su otro compañero dedicó su esfuerzo y trabajo a la obtención de ganancias; por otra parte, la comunidad de vida ha producido gastos y cargas y éstos han de tenerse en cuenta.

A falta de pacto expreso se aventura como soluciones acudir a la analogía de los regímenes matrimoniales de comunidad o separación, aplicar las reglas de una *sociedad de hecho*, considerar que hay una simple comunidad de bienes, y, por último, considerar que debe evitarse el enriquecimiento injusto o aplicar la equidad.

A) POSIBILIDAD DE ACUDIR A REGÍMENES MATRIMONIALES SUPLETORIOS

Algunos países admiten en sus legislaciones como solución jurídica la aplicación a las uniones de hecho del régimen económico matrimonial supletorio vigente en cada ordenamiento.

Así, en ciertos países hispanoamericanos, quizá por razones sociológicas, se admite la equiparación, total o parcial, entre unión de hecho y matrimonio a efectos del régimen económico. GALLEGU DOMÍNGUEZ (85) señala los siguientes:

— Bolivia, que en su Código de Familia de 1972 establece que en las uniones de hecho entre personas hábiles para contraer matrimonio se

(84) Obra citada, pág. 156.

(85) Mismo lugar, págs. 159 y 160, a pie de página.

dan efectos similares tanto en las relaciones personales como en las patrimoniales.

- Cuba, en la Constitución de 1960, remite a los Tribunales la facultad de equiparar unión y matrimonio por razón de equidad.
- Guatemala, en su Código Civil, admite una equiparación de efectos cuando la unión tenga al menos tres años de duración y esté inscrita en el Registro Civil.
- En el Estado mexicano de Hidalgo, el Código de Familia de 1983 asimila el concubinato al matrimonio, cumpliendo unas condiciones especiales.
- En Panamá, la Ley de 1956 señala que surtirá los efectos del matrimonio la unión de hecho bajo determinadas condiciones y concurriendo las notas de singularidad y estabilidad.
- En Perú, el Código de 1984 admite que la unión de hecho de personas libres de impedimento matrimonial origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de gananciales, si la unión hubiera durado al menos dos años.

Pero en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno europeo las leyes no regulan esta cuestión y lo normal es que tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan en no admitir la aplicabilidad como supletorio de un régimen matrimonial, sencillamente porque no hay matrimonio (86).

En España la situación es esta última: no hay normas que señalen la posibilidad de aceptar un régimen legal supletorio para las uniones tomándolo del régimen del matrimonio. Los gananciales en el régimen común, la comunidad más o menos amplia de Aragón, Navarra, Vizcaya y Fuero del Baylío, o la separación en Baleares y Cataluña, están establecidos para el matrimonio, pero nada más; tan sólo, como se ha dicho, en Cataluña, sin hacer equiparaciones, se establece la separación de bienes entre los convivientes, incluso con cierto aire imperativo, sin posibilidad de pacto en contra.

Salvo esta excepción, ¿serían aplicables a las uniones de hecho las soluciones supletorias dadas para el matrimonio?

Las tesis favorables a la aplicación de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho es una postura minoritaria, sólo excepcionalmente admitida por la doctrina y la jurisprudencia; al efecto sólo hay una sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño de 3 de abril de 1992.

En cambio, la tesis contraria cuenta con la gran mayoría de las opiniones doctrinales y la que forma doctrina del Tribunal Supremo, que está consolidada, como veremos, en las varias sentencias que resumiremos al final de este

(86) ESTRADA ALONSO, obra citada, pág. 174.

trabajo. Nos parece la más acertada, pues si no aceptábamos la posibilidad de que los convivientes pactasen de modo expreso un régimen de gananciales, ¿cómo aceptarlo cuando el consentimiento en tal sentido no ha existido? Por otra parte, los artículos 1.344 y 1.345 del Código hablan estrictamente de *marido, mujer y matrimonio*; no es posible acudir a los gananciales cuando no existen esos supuestos básicos.

GALLEGO DOMÍNGUEZ la defiende (87), apoyándola en varias razones de peso, e igualmente se adhiere a ella ESTRADA ALONSO (88), diciendo que no existe en la convivencia *more uxorio* ninguna voluntad nupcial, pues se trata de una situación de hecho que no produce efecto jurídico alguno y que adquiere una formación diferente a la del matrimonio: las obligaciones que nacen del matrimonio son instantáneas y, por el contrario, las de los compañeros son la consecuencia y no la causa de una vida en común duradera. Por ello, concluye, aplicar analógicamente el régimen económico matrimonial iría en contra de las normas imperativas que regulan las formalidades exigibles para contraer matrimonio.

Nos parece atinada la idea que expresa GALLEGO (89) de que los sujetos que no contraen matrimonio no desean formar un régimen de comunidad, sino que más bien lo que desean es mantener, en principio, sus patrimonios y ganancias separados, aunque eso no signifique que rija el régimen económico matrimonial regulado por el Código Civil en sus artículos 1.435 a 1.444. No hay, ni debe haber equiparación ni analogía con algo que ellos por principio rechazan, que es el matrimonio y sus consecuencias. Eso es lo que hace, como hemos visto, la Ley catalana; nada de acudir a su régimen legal de separación, que se establece en el Código de Familia; simplemente se dice que *cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes*.

En la Ley Foral de Navarra no se dice nada de que sea aplicable el régimen de conquistas a falta de pacto, por lo que habrá que entender que no es aplicable.

B) ¿ASIMILACIÓN A LA FIGURA DE LA «SOCIEDAD DE HECHO»?

Según hemos visto antes, es posible que los convivientes adopten la forma societaria en sus distintas modalidades, excepto la universal de bienes y ganancias, pactándolo expresamente, si reúnen los requisitos señalados en la legislación vigente.

(87) Obra citada, pág. 166.

(88) Libro dicho, pág. 174.

(89) Mismo libro dicho, pág. 170.

Aquí la cuestión es otra: se trata de ver si, cuando no ha existido contrato alguno al efecto, se puede considerar que hay en la realidad una figura societaria de hecho en las relaciones patrimoniales entre convivientes.

La cuestión ha sido discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. En Francia, BERNARD DEMAÏN (90) recoge varios fallos judiciales que exigen, junto a otros requisitos, la concurrencia de la *affectio societatis* para considerar que se da realmente la figura de la sociedad. Esta *affectio* supone una actitud de los socios de la que se deduce una colaboración activa y consciente con ánimo de repartirse los beneficios, lo que diferencia a la sociedad de la comunidad. Entre los concubinos no existen generalmente documentos o signos externos que permitan presumir su intención de constituir una sociedad, no suele haber contrato por escrito y rara vez hay una razón social: en efecto, el negocio, aunque se explote realmente por los dos concubinos, está a menudo a nombre de uno solo. Cita una sentencia del Tribunal de Lyon que ordenó un dictamen pericial para determinar el papel efectivo de la concubina en las empresas comerciales existentes a nombre de su concubino; para apreciar la *affectio societatis* habrá que investigar si los hechos de la explotación forman un conjunto de presunciones que impiden toda discusión.

Dice también BERNARD DEMAÏN que normalmente las sociedades que pueden darse entre los concubinos no son normalmente *sociedades de hecho*, pues éstas son sociedades degeneradas en las cuales las partes han tenido intención de constituir una sociedad, pero han celebrado un contrato que adolece de alguna irregularidad. Cree que lo que puede existir es una *sociedad cerrada de hecho*, en la que los concubinos no han tratado nunca de adecuarse a la ley, son creadas de hecho (en el sentido de que resulta de los hechos, no de la voluntad de los concubinos, los cuales no han tenido nunca la intención de constituir una verdadera sociedad).

Dejando aparte esta distinción terminológica, seguiremos llamando *sociedad de hecho*, expresión más sencilla, al fenómeno que nos interesa, y continuamos exponiendo la postura de la jurisprudencia francesa que resume el citado autor BERNARD DEMAÏN (91) diciendo que aunque la voluntad de los concubinos haya sido incapaz, por sí sola, de hacer nacer para el futuro, a cargo de cada uno de ellos, obligaciones que el juez pueda sancionar, porque su intención era precisamente no considerarse jurídicamente vinculados, el hecho de que el inexistente acuerdo haya sido llevado a la práctica permitirá al juez reconocerle un efecto jurídico. Las partes, los concubinos entre sí se vinculan en la medida que actúan y su actividad probada traslada al terreno del Derecho lo que había quedado fuera, cuando tal actuación lleva al juez la existencia del acuerdo. Cuando no son los concubinos, sino los terceros los

(90) Libro citado, pág. 40.

(91) Mismo libro, págs. 62 y 63.

que pretenden valerse de la existencia de una sociedad de hecho, hay que hacer jugar una importante noción nueva, que es la apariencia; los terceros pueden hacer valer la existencia de una sociedad aparente ante sus ojos, aunque en realidad los concubinos no hayan tenido intención de comportarse como verdaderos socios, pero aparecieron como tales al exterior.

En España, la doctrina y la jurisprudencia miran también con prevención esta figura de la sociedad de hecho entre los convivientes, exigiendo la prueba de la relación societaria para considerarla existente. ESTRADA ALONSO (92) dice que si falta la *affectio societatis* no puede admitirse la existencia de una sociedad, porque la mera confusión de bienes resultante de la unión libre no tiene por objeto la realización y reparto de beneficios. La unión libre no crea por sí misma la presunción de existencia de una sociedad de hecho, por faltar ese requisito esencial de la *affectio societatis* que hay que probar; la jurisprudencia exige una investigación exhaustiva para ver si se dan o no todos los elementos que necesita una sociedad en las uniones de hecho; si no se exigiesen estas condiciones podrá encubrirse bajo el aspecto de una sociedad de hecho un verdadero régimen matrimonial, supuesto inadmisibles, porque vendrá a dar a la unión unos efectos iguales o equivalentes al matrimonio.

GALLEGO DOMÍNGUEZ trata el tema con bastante amplitud (93) y lo resumimos recogiendo su opinión, también condicionada y cuidadosa para aceptar la idea de la sociedad de hecho como aplicable al fenómeno fáctico de la unión. Dice dicho autor que la unión de hecho, sólo por serlo, no supone la existencia en ella de una sociedad, porque no ha habido una voluntad negocial *a priori* que la haya constituido, ni median los requisitos necesarios. Para poder entender vigente entre los unidos una sociedad es necesario que concurren, aparte el consentimiento, la constitución de un fondo común con las aportaciones de los socios, intención de conseguir un lucro común partible y la inevitable *affectio societatis*. Si en principio hay una separación patrimonial entre los convivientes, no hay comunidad económica, aunque haya comunidad de vida. La postura absolutamente mayoritaria de la doctrina y la línea dominante en la jurisprudencia se inclina por declarar que el simple hecho de la convivencia de las personas no supone la concurrencia de los requisitos necesarios para dar vida a una sociedad.

La jurisprudencia es rigurosa en la apreciación de la *affectio societatis* y es natural, pues debe evitarse que la norma genérica inspirada en el principio de la separación patrimonial se vea alterada por una supuesta relación societaria que sería contradictoria. La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 1992, niega que toda unión de hecho, por el mero y exclusivo

(92) Libro citado, págs. 182 y 194.

(93) Tesis dicha, pág. 171 y sigs.

hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad y habrán de ser los convivientes los que por su pacto expreso o por sus *facta concludencia* evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho. Y la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 1993, insiste en que aparece demostrada la voluntad de los convivientes de hacer comunes los bienes adquiridos durante la convivencia por actos que deben consistir bien en una aportación patrimonial al negocio productor de beneficios, o, en otro caso, la cooperación con su trabajo personal en las ganancias.

GALLEGO sigue la misma distinción que antes apuntábamos, consolidada en la doctrina francesa. Si es uno de los convivientes el que alega la existencia de la sociedad, deberá probar los elementos constitutivos de la misma, sometándose a las normas generales en materia de prueba, sobre todo por indicios y presunciones a apreciar por el Juez. A los terceros interesados en la declaración de existencia de sociedad les puede bastar con la apariencia producida por los actos externos de los convivientes; se trata de la protección a la buena fe de los terceros que contrataron confiados en que tales apariencias correspondían a una realidad societaria.

Resumiendo: si la sociedad no se ha constituido con arreglo a las formalidades legales, sólo se puede admitir que haya entre los convivientes una sociedad *tácita* si se demuestra su existencia por datos que la evidencien, pues el principio básico es precisamente el de la separación patrimonial entre los miembros de la pareja.

C) TEORÍA DE LA COMUNIDAD DE BIENES

Antes hemos esbozado los conceptos básicos de la comunidad de bienes, regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, y admitíamos la posibilidad de que los convivientes en uniones de hecho pactasen la coparticipación en los bienes y sus productos, con tal que el pacto no implique asimilación a regímenes de comunidad matrimonial y menos aún si es del tipo de la sociedad de gananciales.

En principio, la separación de bienes es la tónica entre los convivientes: lo que adquiere cada uno, sólo a él le corresponde. Si quiere que participe el otro, deben pagarlo entre los dos o al menos, con donación simulada incluida, debe declararse que se ha adquirido con dinero de ambos. Esa es la comunidad posible; respecto a bienes concretos, con consentimiento mutuo y en régimen de comunidad romana.

No consideramos admisible la tesis permisiva que considera que la unión de hecho genera durante su vigencia una comunidad universal en los bienes

adquiridos por cualquiera de los convivientes. Entendemos que sólo es posible la comunidad respecto a bienes concretos, cuando efectivamente ha existido una coparticipación en la adquisición del bien, de igual modo que podría admitirse una comunidad de bienes entre dos personas extrañas. Así lo entiende GALLEGO (94) y también, según vimos antes, el Notario SIMÓ SANTONJA (95), quien opina que sólo puede darse la comunidad en particular sobre cada cosa o derecho, expresándolo así en el momento de su adquisición, con lo que niega la posibilidad de un pacto de comunidad genérica mirando al futuro.

Aquí habrá de acudir, cuando se alegue la copropiedad sobre un bien, a probar la adquisición proindiviso. Si hay prueba documental y más si es pública, no habrá dudas. Menos aún si hay inscripción en el Registro de la Propiedad, pues el artículo 54 del Reglamento Hipotecario exige que las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente.

Así pues, no cabe apreciar en la unión de hecho una comunidad universal, aunque sea romana, por el mero hecho de existir tal unión extramatrimonial. La unión de hecho es eso, sólo un hecho, y falta todo lazo jurídico entre sus integrantes, que han querido mantener separados sus distintos ámbitos patrimoniales. Si de hecho se ha producido alguna confusión, debe aclararse partiendo de la individualización de las adquisiciones y ganancias de uno de los miembros, sobre todo a la hora de la ruptura.

Por tanto, sólo pueden considerarse comunes aquellos bienes adquiridos conjuntamente por ambos sujetos y quizá los bienes cuya titularidad no conste; en el primer caso, se les adjudicarán con arreglo a sus respectivas cuotas según el artículo 393 del Código Civil, y en el segundo, según GALLEGO, debería aplicarse el artículo 1.414 del mismo Código, que indica las reglas del indiviso ordinario, o sea, por mitad.

¿Qué ocurre cuando hay titularidades formales incorrectas? El Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de julio de 1984, contempló el caso de una finca adquirida por ambos convivientes con fondos comunes, pero fue escriturada e inscrita sólo a favor de uno de ellos; la mujer demandó al varón solicitando que se rectificase la inscripción a razón del cincuenta por ciento a cada uno; la demanda se estimó en primera instancia y la Audiencia Territorial confirmó la sentencia: La sentencia del Supremo también la confirmó, aunque con una motivación un tanto extraña, pues estimó la existencia de una *sociedad irregular mercantil*, por lo que ordena que se rectifique la inscripción, hecha sólo a favor del varón.

(94) Tesis citada, pág. 196.

(95) En el lugar citado en la nota 83.

Conocemos otro caso de rectificación, con consentimiento del varón, pero a través de un cauce procesal inadecuado. En un juzgado de una ciudad del Levante español se aprobó en 1999 un *convenio regulador* de la separación de una unión de hecho bajo el falso razonamiento contenido en los fundamentos jurídicos de que *aunque no se trate de una separación matrimonial propiamente dicha, ya que los demandantes no han contraído matrimonio, estamos en presencia de una unión de hecho entre las personas que iniciaron su relación sentimental en el año 1993 con intención de permanencia, formando entonces y hasta el año en curso una pareja estable, con convivencia ininterrumpida, por lo que debe aplicarse, por analogía, lo establecido en la Disposición Adicional 6.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, las normas del Código Civil que regulan... la separación y disolución del matrimonio*. Y, en consecuencia, se concluye que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil, procede convalidar el convenio regulador aportado. En lo que la sentencia llama *convenio regulador*, que no es tal, porque no hay matrimonio que se disuelva, los convivientes declaran que el piso en el que vivieron juntos fue comprado con el dinero de ambos por mitad, aunque en el Registro de la Propiedad aparece inscrito sólo a nombre de él, como soltero, en pleno dominio. Al pretenderse la rectificación del asiento, basándola en el citado *convenio*, no se admitió por el Registrador, por no ser un título adecuado, pues según el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, la rectificación precisa el consentimiento del titular del asiento, por lo que el varón hubo de prestarlo en escritura pública, que fue el título hábil para la rectificación.

En resumen, y según lo que llevamos dicho, la comunidad de bienes sí puede darse entre los componentes de las uniones de hecho, pero igual que lo pudiera ser entre extraños, sin que el hecho de la convivencia altere en lo más mínimo la esencia, los requisitos y los efectos que para las comunidades en general se establece en los artículos 392 y siguientes del Código Civil. La unión de hecho es un dato que no añade absolutamente nada al régimen de los comuneros sobre la cosa o derecho que les pertenece proindiviso.

D) EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO Y LA EQUIDAD COMO SUPLETORIOS

Cuando no quepa acudir a la prueba de que ha existido una situación societaria o de comunidad, y también cuando se trata de una prestación de servicios que no se ha remunerado, puede surgir un desequilibrio económico que favorece injustificadamente a un conviviente en perjuicio de otro.

Es justo que éste pueda pedir que se restablezca el equilibrio y así lo entiende tanto la doctrina como la jurisprudencia, desde los tiempos clásicos hasta hoy, mediante el ejercicio de la llamada *actio in rem verso*, generalmente admitida si se dan sus supuestos de apelación.

En la doctrina francesa, según nos dice BERNARD DEMAÏN (96), se considera normal la aplicación del principio de que nadie debe enriquecerse injustamente a costa de otro, como lo fue ya desde tiempos de los romanos. Concretamente, en el supuesto que nos interesa, dice que si dos concubinos han puesto en común sus bienes y uno de ellos, supongamos que la mujer, lo que es el caso más frecuente, ayuda al otro en la explotación de un comercio, le presta numerosos servicios, hace el oficio de empleada de confianza, a veces incluso de secretaria, aceptando trabajar sin remuneración, en ocasiones con la única esperanza de un matrimonio y éste no tiene lugar; otras veces, la concubina ha prestado servicios valorables en dinero, ha contribuido ampliamente a la buena marcha del negocio, incluso ha trabajado fuera y ha aportado un salario en dinero, hay un beneficio para el concubino, un enriquecimiento cierto a favor de éste, al menos en un ahorro de gastos. Si el beneficio existe en el momento de la liquidación de la unión, debe ser reclamado. Aunque el fundamento de la acción no esté en ningún texto legal, se basa en el principio de equidad citado de que nadie debe enriquecerse injustamente a costa de otro. Así lo declara la jurisprudencia francesa que este autor nos cita en su libro.

Recoge la misma idea el Profesor DÍEZ PICAZO (97), diciéndonos que para comprender la idea del enriquecimiento sin causa y especialmente la del enriquecimiento negativo, es de sumo interés el caso, fallado en la jurisprudencia francesa, de una empleada que, a causa de una promesa de matrimonio, trabaja en casa de su patrono, que es al mismo tiempo su prometida y su concubina, que no percibe salario ni retribución alguna, la cual, no habiéndose producido el matrimonio, tiene derecho, y así lo conceden los tribunales franceses, a la restitución del enriquecimiento logrado por el patrono, pues éste se había enriquecido ahorrándose el salario, y ella, por su parte, se había empobrecido por su falta de retribución.

Aunque ya en las Partidas se declaró que nadie debe enriquecerse torticeramente con daño de otro, no hay un precepto claro que diga algo igual en el Código Civil, aunque algunos consideran que podría basarse esta acción *in rem verso* en los artículos 1.163, 1.158 y 1.689. Pero aún con este vacío legal, tanto la doctrina como el Tribunal Supremo han perfilado los requisitos que deben presentarse para hacer viable una pretensión de evitar el enriquecimiento, y estos requisitos son perfectamente aplicables al caso de las uniones de hecho (98); así lo señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992.

(96) En su libro que venimos citando, pág. 102.

(97) En su libro *Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1972, vol. I, pág. 79.

(98) Así lo ven ESTRADA ALONSO, libro citado, pág. 220, y GALLEGU DOMÍNGUEZ en su Tesis, pág. 216.

Se considera que deben concurrir los requisitos siguientes:

1. Enriquecimiento de uno de los convivientes: Así cabría entenderlo cuando en una convivencia uno de ellos obtenga un enriquecimiento patrimonial a costa del otro, bien sea por la obtención de un lucro directo o porque ha evitado gastos o daños.
2. Empobrecimiento correlativo del actor, para el cual supone una pérdida económicamente valorable, como consecuencia de una transmisión de bienes, por la prestación de servicios o en haber perdido por causa de la unión un incremento patrimonial que de otro modo hubiera podido percibir.
3. Falta de causa que justifique el enriquecimiento: Así lo dice expresamente la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1992, al declarar que en el caso juzgado no se halla justificado el enriquecimiento del demandado, porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes opten por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones en sus relaciones profesionales o sociales o en la vida doméstica.
4. Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio del enriquecimiento, tal como ocurre en este caso, donde no hay precepto legal alguno que obste a reclamar el perjuicio ocasionado, tal como se declaró de modo expreso en la sentencia relacionada.

El efecto de la *actio in rem verso* por enriquecimiento sin causa, una vez probados los hechos y la concurrencia de los requisitos, será que el conviviente perjudicado podría obtener el correspondiente resarcimiento.

Aunque faltase alguno de los requisitos para ejercitar la acción de enriquecimiento, GALLEGO DOMÍNGUEZ (99) considera que aún puede acudir a la teoría de la equidad, según la cual los Tribunales deben decidir en cada caso concreto, acudiendo a la equidad, sobre el reparto de bienes y ganancias obtenidas por los convivientes durante la unión.

Nuestro Código Civil, en su artículo 3.2 la acepta, aunque con carácter un tanto restrictivo, al decir que *habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ellas cuando la ley expresamente lo permita*.

Con arreglo a este criterio, aún con limitaciones, parece posible acudir a la equidad cuando los problemas de la unión de hecho concreta sólo pueden tener solución con arreglo a estos patrones.

En otros países que cita GALLEGO DOMÍNGUEZ (100) existen normas que permiten a los Tribunales juzgar en equidad cuestiones relativas a la convi-

(99) Obra citada, pág. 224.

(100) En el mismo lugar citado en la nota anterior.

vencia extramatrimonial. Así es en Cuba, Nueva Gales del Sur (Australia) y California (EE.UU.).

IV. EFECTOS DURANTE LA CONVIVENCIA

Hemos visto las posibles soluciones al régimen patrimonial de los convivientes, según haya mediado o no convención sobre la propiedad, administración y disposición de los bienes que pertenecen a los integrantes de la pareja.

Pero la convivencia da lugar, además, a otras relaciones que aunque puedan considerarse *de menos cuantía*, tienen, sin embargo, su importancia por constituir el vivir de cada día de los convivientes, tal como los gastos domésticos, los alimentos entre ellos, la vivienda común y la contratación entre los propios convivientes y respecto de terceros.

A) CARGAS Y GASTOS

Entre cónyuges no hay problema, en cuanto que el artículo 1.318 del Código Civil declara sujetos sus bienes al levantamiento de las cargas del matrimonio y si uno de los cónyuges incumple el deber de contribuir al levantamiento de estas cargas, el otro puede acudir al juez, que adoptará las medidas adecuadas.

¿Puede aplicarse esta solución en las uniones de hecho? La doctrina no admite esta equiparación. Así, ESTRADA ALONSO (101) nos dice que no se debe olvidar que el matrimonio y la unión se forman de manera diferente. La obligación del matrimonio es instantánea y aceptada consecuentemente, mientras que las obligaciones de los compañeros vienen a ser la consecuencia y no la causa de la vida en común. La *ratio* de las normas que regulan la comunidad conyugal se centra en la continuidad y estabilidad de la misma; por el contrario, en la convivencia extramatrimonial, las partes pueden poner fin a la relación en cualquier momento; en consecuencia, los artículos que imponen a los cónyuges los deberes de convivencia y socorro mutuo (arts. 67 y 68 del Código Civil), que tienen su origen en la institución matrimonial, no pueden ser de aplicación imperativa a los convivientes de hecho.

La obligación perfecta, la obligación civil, es aquella que origina medios eficientes para que la Ley la haga cumplir de modo coactivo si el sujeto pasivo la infringe. La obligación natural implica un vínculo moral, pero no se puede acudir al juez para pedir su cumplimiento. Entre los esposos, el artículo 1.318 da los medios; en la unión de hecho no existe en el Código norma alguna que

(101) Obra citada, pág. 232.

adopte solución al problema, por lo que entre convivientes, si hay el deber de mutua asistencia y de contribuir a los gastos cotidianos que origina la convivencia, es sólo una obligación natural o moral, pero sin coerción jurídica.

Salvo alguna opinión aislada en contra (102), la doctrina más general considera que estas cargas y gastos ordinarios entre convivientes, si bien pueden regirse por lo que éstos acuerden, no gozan de protección jurídica en caso de incumplimiento. Así lo resume GALLEGO DOMÍNGUEZ (103), al negar que exista una obligación civil de atender a las cargas y gastos del hogar de hecho. Si hay hijos, la obligación se deriva de las relaciones de filiación y parentesco (arts. 110, 154 y 142 y sigs. del Código Civil), pero fuera de este ámbito, no existe obligación de atender a los gastos y cargas del hogar, no es aplicable el artículo 1.318 del Código Civil, y entiende que no surge de la convivencia en sí. No obstante, sí piensa que de la vida en común surge un deber de atender a los gastos, que sigue considerando tan sólo como deber natural y que incumbirá a ambos convivientes en proporción a sus respectivos recursos económicos. Y considera imprescindible tener en cuenta esta idea para centrar en su adecuado ámbito de actuación la regla de la irrepetibilidad del pago efectuado y para poder valorar el juego del principio que prohíbe enriquecimientos injustos.

Estamos de acuerdo con estas apreciaciones, sobre todo en lo que concierne, por un lado, a la falta de normas paralelas a las existentes para el matrimonio que permiten convertir en obligación jurídica exigible lo que sólo es una obligación natural de los que conviven tan sólo porque les gusta. Cuando la convivencia no es viable, tienen la solución drástica de romperla. Pero, además, creemos que el deber de asistencia mutua y pago de gastos ordinarios, por obligación natural o moral con que se la califique, se traduce en unas cantidades en metálico perfectamente valiables y, por tanto, el conviviente perjudicado podrá perfectamente acudir al resarcimiento por la vía del enriquecimiento injusto. En efecto, aquí se darían los elementos exigidos para la acción *in rem verso* por la jurisprudencia, a saber: enriquecimiento de una parte, empobrecimiento correlativo de la otra y falta de causa que justifique ese desequilibrio.

La cuestión adopta un nuevo giro para los que puedan acogerse a las leyes de parejas de Cataluña, Aragón y Navarra, donde sí se reconoce con todo valor estas obligaciones, y por tanto se les dota de eficaces instrumentos legales para exigir su cumplimiento.

Así, la Ley de Cataluña establece en su artículo 3 —que repite en el 22 para los homosexuales— que si no hay pacto, los miembros de la pareja contribuirán al mantenimiento de la casa y a los gastos comunes con el trabajo domés-

(102) Ver MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derecho de Familia*, pág. 399.

(103) Obra citada, pág. 237.

tico, con su colaboración personal o profesional no retribuida o con la retribución insuficiente a la profesión o a la empresa del otro miembro, con los recursos precedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos, y, si éstos no son suficientes, en proporción a sus patrimonios.

Para evitar toda duda sobre cuáles deben considerarse comunes, el artículo 4 —23 para los homosexuales— señala que tienen la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su manutención y la de los hijos, comunes o no, que convivan con ellos, de acuerdo con sus usos y su nivel de vida, y especialmente:

- los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio;
- los de conservación o mejora de las viviendas u otros bienes de uso de la pareja;
- y los originados por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias.

Y, por el contrario, no tienen la consideración de gastos comunes, y, por tanto, no entran dentro del concepto de obligación mancomunada de los convivientes, según el número 2 de los dos artículos citados, los derivados de la gestión y la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni, en general, los que responden al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja. Recuérdese que en el último inciso del punto segundo de los artículos 3 y 22, se establece con texto idéntico que cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes, y lo que gasten en esto no serán gastos comunes, por supuesto.

La Ley de Aragón, dando clara muestra de que sus redactores han caído en una *absurda e innecesaria imitación* de la Ley catalana, como dice el Notario MERINO HERNÁNDEZ (104), más bien diríamos que copiando, establece en el número 3 del artículo 5 que *en defecto de pacto, los miembros de la pareja contribuirán al mantenimiento de la vivienda y gastos comunes con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos, y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios, sin perjuicio de que cada uno conserve la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes. También tendrán la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos, comunes o no, que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda*. La Ley Foral de Navarra regula esta materia en su artículo 5, párrafo 3, donde se establece que los miembros de la pareja contribuirán, proporcionalmente a sus posibilidades, al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes, mediante aportación económica y trabajo personal. Se considerará contribución a los trabajos comunes el trabajo doméstico, la co-

(104) *Manual de parejas estables no casadas*, Librería General, Zaragoza, 1999.

laboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o a la empresa del otro miembro, así como los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos respectivos y, si éstos no fueran suficientes, en proporción a sus patrimonios.

B) ALIMENTOS

El derecho de alimentos es tan natural y perentorio que no es preciso ni plantearlo: mal se puede convivir si éstos no se prestan entre sí las más elementales cosas necesarias para subsistir.

El Código Civil los incluye entre la ayuda y el socorro mutuo que se deben los cónyuges en los artículos 67 y 68, y además los extiende a los parientes en los grados y en el modo que se señalan en los artículos 142 y siguientes.

¿Son aplicables estas normas para las uniones de hecho? Como dice acertadamente GALLEGO DOMÍNGUEZ (105), la cuestión del sustento se plantea realmente en el momento de la extinción, más que durante la convivencia; en su transcurso, la asistencia recíproca se producirá de modo espontáneo; si uno de los convivientes resulta necesitado, lo normal será que el otro le preste espontáneamente los alimentos necesarios, porque si no lo hace así, lo más probable es que se produzca la ruptura de la convivencia.

Recordando lo dicho en el apartado anterior, al no haber parentesco ni vínculo matrimonial, no existe ligamen alguno entre convivientes que les permita acudir a los artículos 67 y 68 ni a los más amplios 142 y siguientes. La unión extramatrimonial no crea entre los convivientes recíprocos derechos y obligaciones, ni un estado civil que sirva de base para exigir prestaciones atinentes a tal estado. Y los alimentos en sentido amplio tampoco son exigibles, pues el artículo 143 del Código Civil requiere una relación matrimonial que aquí tampoco se da. En esto están concordes la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho comparado de los países de nuestro entorno.

Al igual que decíamos en las cargas ordinarias, no existe obligación legal, pero creemos que sí hay una obligación natural que se fundamenta en el deber de solidaridad que la unión implica y al que aludíamos antes: se trata de un deber de conciencia el atender al sustento del conviviente.

Por supuesto, nos referimos sólo a problemas de alimentos entre los convivientes, pues respecto a los hijos, éstos siempre tendrán derecho a alimentos frente a sus padres, debido al principio de igualdad de filiaciones y que el artículo 143 del Código Civil no distingue entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

(105) Obra citada, pág. 299.

Hemos visto que la Ley de Cataluña considera en sus artículos 4 y 23 como gastos comunes de la pareja los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio, y en los artículos 8 y 26 se establece que los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos con preferencia a cualquier otro obligado.

Y la Ley de Aragón sigue los mismos pasos, incluyendo entre los gastos comunes de la pareja el derecho a alimentos en el artículo 5.3, y en el artículo 13 establece que los miembros de la pareja están obligados a prestarse alimentos entre sí, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas.

Resumiendo, durante la convivencia el prestarse alimentos entre ellos es, aparte de una cosa natural, solamente una obligación moral, sin apoyo jurídico positivo; sólo existe la excepción de los convivientes catalanes y aragoneses, que, según sus leyes autonómicas particulares, gozan de preferencia sobre todos los demás alimentarios.

¿Existe derecho de alimentos después de la ruptura? Partiendo de la idea de que la unión es totalmente libre, tanto en su inicio como en su continuación, lo es, por supuesto, en el final. No hay nada ilícito en la decisión unilateral de romper la unión, y ni siquiera es preciso alegar ninguna causa. Por tanto, ni hay culpa ni negligencia de la que derive la responsabilidad civil del artículo 1.902 del Código Civil, pidiendo la reparación de un daño que, de existir, no sería ilícito.

Cabe que la ruptura sea por mutuo acuerdo y en éste se concluye la prestación de una prestación alimenticia. En este caso sería posible exigir su cumplimiento, pero no por causa de la unión rota, sino por el contrato suscrito, que no consideramos opuesto a la moral; sería una obligación contractual y nunca pseudofamiliar.

En caso de fallecimiento, en nuestra legislación no existe precepto alguno que pudiera amparar una pensión alimenticia a título sucesorio, y menos a favor de un conviviente de hecho, que no es pariente. En este caso nos echa una mano a este razonamiento el artículo 14 de la Ley de Parejas de Aragón, que dice que *la pareja estable no casada no genera relación alguna de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro*. Sólo cabría, a título totalmente voluntario, que uno de los convivientes ordenara un legado de alimentos a favor del otro y durante la vida de éste, según autoriza el artículo 879 del Código Civil.

La Ley de Parejas de Cataluña dedica a este tema los artículos 14 y 31 (para parejas heterosexuales y homosexuales, respectivamente), según los cuales, al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros de la pareja pueden reclamar del otro una pensión alimentaria periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento en uno de los casos siguientes:

- si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos;
- si tiene a su cargo hijos o hijas, circunstancia en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida (no se incluye este inciso, por razones obvias, en el art. 31, para las parejas homosexuales).

La Ley aragonesa guarda un silencio total sobre el tema.

La Ley Foral navarra reconoce la posibilidad de pedir pensión alimenticia en su artículo 5, número 4, al extinguirse la unión, como veremos más adelante.

Por la misma razón que venimos apuntando que no es lo mismo, indudablemente, el matrimonio —*institución*— y la unión —*simple hecho*— no cabe aplicar a esta última la norma del artículo 97 del Código Civil, que da derecho a una pensión al cónyuge al que la separación o el divorcio causan un desequilibrio económico en relación con la posición del otro. Esta pensión compensatoria que se fijará en la resolución judicial correspondiente, es solamente aplicable a los casos de disolución del matrimonio y no a las uniones de hecho. La sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1992, antes citada, negó que la indemnización que había concedido la Audiencia Provincial a un conviviente tras la ruptura de una unión de hecho pudiese fundarse en el artículo 1.902 del Código Civil, e igualmente negó la aplicación de la pensión del artículo 97 del Código Civil a las uniones de hecho. En el mismo sentido se niega la aplicación analógica de dicho artículo 97 a las uniones de hecho en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1994, por lo que al ser ya dos fallos concordantes, se ha creado jurisprudencia sobre este punto.

C) VIVIENDA

La vivienda común es esencial tanto en el matrimonio como en la unión de hecho, al constituir la base física indispensable para que vivan juntos los componentes de la pareja. Cuando transcurre la convivencia en paz, no se suelen presentar cuestiones, surgiendo éstas, y muy candentes, cuando la unión se rompe.

Para mejor contemplar los posibles supuestos, veremos por separado el caso de la vivienda propia y el del arrendamiento.

a) *Vivienda propia*

Si ha sido adquirida conjuntamente por ambas partes, regirán las normas de la comunidad de bienes, dado que se tratará de un condominio romano y

le serán aplicables los artículos 392 y siguientes del Código Civil, ya que a estos efectos los convivientes son extraños y no cabe acudir a las reglas de la sociedad de gananciales, que sólo sirven para los esposos.

Si uno de los convivientes adquirió la vivienda antes de la unión, cualquiera que sea su título, o lo hace gratuitamente, sea antes o después de unirse, por supuesto, el bien será privativo. Tampoco hay duda si uno de los miembros de la pareja compra la vivienda dentro de la convivencia a su solo nombre y la inscribe como tal. La presunción de que el derecho existe y pertenece a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo que concede el artículo 38 de la Ley Hipotecaria sólo podrá destruirse mediante la prueba en contrario, correspondiendo al otro conviviente la carga de demostrar que hubo concurrencia en el precio, a no ser que haya confesión o allanamiento del demandado. Es el caso que vimos y que se resolvió por la vía poco adecuada del reconocimiento en un *convenio regulador* pseudomrimonial que se aceptó por el Juzgado, pero no por el Registro de la Propiedad.

Siendo la vivienda común, se precisará el consentimiento de ambos copropietarios para su enajenación. Cuando la vivienda es sólo de uno de ellos, ¿es aplicable en este caso lo que dispone al efecto el artículo 1.320 del Código Civil? Es sabido que este precepto requiere el consentimiento de ambos cónyuges o la autorización judicial para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual; en consecuencia, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige para inscribir estos actos la concurrencia del consentimiento del otro cónyuge o que el disponente manifieste expresamente que la vivienda no tiene el carácter de familiar. La cuestión tiene una clara solución negativa, según la doctrina que se muestra conforme (106); el artículo 1.320 del Código Civil es un precepto encaminado a proteger la vivienda familiar, y la vivienda de las uniones de hecho puede ser común, pero nunca familiar; la norma en cuestión está incardinada en el Código dentro del régimen económico del matrimonio, y no puede aplicarse a otros supuestos.

Sin embargo, la ley catalana (en esto no la sigue la aragonesa), en sus artículos 11 y 28 —para parejas heterosexuales y homosexuales, respectivamente— dispone que el conviviente titular de la vivienda común no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, de gravamen o, en general, de disposición de su derecho que compromete su uso sin consentimiento del otro o, en su defecto, de la autorización judicial; tal acto sería anulable a instancia de la otra parte en el plazo de cuatro años, aunque dejando a salvo al adquirente de buena fe y a título oneroso. Recordemos que ya se han presentado títulos en un Registro de la Propiedad de Cataluña para constitución de hipotecas por quienes eran solteros, viudos o divorciados, con negativa a su despacho por no

(106) Ver su reseña en la Tesis de GALLEGU DOMÍNGUEZ, pág. 287, nota 5 a pie de página.

expresar la inexistencia de unión de hecho, confirmándose la nota calificadora por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, órgano supremo para decidir en recursos gubernativos sobre Derecho especial. El Auto presidencial, según dijimos, nos parece excesivo, pues obliga a todos los otorgantes no casados a manifestar que no son convivientes de hecho, lo que, aparte de ser realmente raro y excepcional, puede afectar a su derecho a la intimidad.

b) *Vivienda arrendada*

La antigua Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 no contemplaba el fenómeno de la unión de hecho; más bien al contrario, pudo dar lugar a algunas demandas de resolución del contrato que se querían basar en el número 8 del artículo 114, según el cual había causa para ello *cuando en el interior de la vivienda tengan lugar actividades inmorales*, o bien por considerar que el otro conviviente significaba un subarrendatario no consentido. La misma doctrina se seguía en lo referente a las subrogaciones por muerte del titular, ya que el antiguo artículo 58 las limitaba al cónyuge y parientes que se fijaban, y el conviviente no estaba entre ellos; este último problema fue abordado por el Profesor GONZÁLEZ PORRAS (107).

La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, supone un giro completo en el tratamiento de la cuestión, equiparando a todos los efectos arrendaticios la unión de hecho con el matrimonio. Con esto se seguía el criterio marcado por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 11 de diciembre de 1992, que declaró inconstitucional el citado artículo 58 de la LAU, en cuanto que no incluía entre los beneficiarios del derecho de subrogación arrendaticia a los unidos de hecho.

Siguiendo una línea análoga a la vista en la vivienda en propiedad, la vivienda arrendada puede tener distinto régimen si el titular del contrato es sólo uno de los convivientes o lo es uno sólo de ellos. Cuando son ambos, el contrato continúa, aunque la unión cese por ruptura, abandono o fallecimiento.

Cuando el arrendatario de la vivienda es sólo uno de ellos y se produce el desistimiento o abandono del contrato o su no renovación por el titular del arrendamiento, ¿cuál será la posición del otro conviviente? El artículo 12 de la nueva LAU de 1994, primero con referencia al cónyuge que no ha consentido, establece que éste podrá continuar en el arrendamiento, con tal que acepte el requerimiento que le haga al efecto el arrendador y pague la renta correspondiente. En el apartado 4 de este artículo se dice que lo dispuesto en

(107) En sus *Notas de Derecho español* al citado libro de BERNARD DEMAÏN, que tradujo, pág. 142. Ver también ESTRADA ALONSO, obra citada, pág. 351. Ambas obras son anteriores a la LAU de 1994.

los apartados anteriores será también de aplicación a favor de 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 desistimiento o abandono, salvo si hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

Hay otros preceptos de la LAU donde se da al conviviente de hecho el mismo trato que al cónyuge. Así, en el artículo 24 autoriza al arrendatario para realizar en la vivienda obras para adecuarla a la condición de *minusválido* de él y su familia, y también a quien conviva con el mismo en análoga relación de afectividad.

El artículo 16 de la LAU, en la lista de personas que pueden subrogarse en el contrato a la muerte del arrendatario figura en segundo lugar la persona que haya convivido con él en la consabida relación afectiva por dos años o sin plazo si hay descendencia común.

¿Cabe aplicar al artículo 15 de la LAU a las uniones de hecho? Este artículo establece que en los casos de nulidad de matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil. GALLEGO DOMÍNGUEZ opina que sí (108), para el caso de que existan hijos comunes de los convivientes, pues en este caso no se atenderá al *favor matrimonii*, sino al *favor filii*; nos parece una solución poco acorde con la letra estricta del precepto que se refiere exclusivamente al cónyuge y a nadie más, y las citas del Código son únicamente matrimoniales; si la LAU hubiera querido extender esta facultad de subrogación por divorcio o separación también a la ruptura de la unión de hecho, lo habría manifestado expresamente, tal como lo ha hecho en otros de sus artículos.

En cuanto a si la unión del arrendatario con otra persona puede suponer un subarriendo, también han cambiado los criterios. Antiguamente, ante las dificultades que en la práctica tenía el arrendador para probar la existencia del subarriendo, la jurisprudencia solía presumir que se daba en aquellos casos en que con el arrendatario viviesen personas extrañas al núcleo familiar propiamente dicho. Varias sentencias entendieron que la presencia de un conviviente suponía un subarriendo no consentido y había justa causa para resolver el contrato.

Ahora, esta posición debemos entenderla superada y no hay más que ver los varios preceptos en que la propia LAU admite de modo expreso esta figura de la unión de hecho. En el mismo sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ (109)

(108) Tesis citada, pág. 408.

(109) Mismo libro, pág. 417.

opina que hoy día la relación extramatrimonial no es considerada una situación ilícita, por lo que la presencia en la vivienda arrendada de un conviviente de hecho no puede dar lugar ni siquiera a sanciones indirectas, como lo sería estimar la existencia de un subarriendo no consentido, y por ello no daría lugar a la resolución del contrato.

Lo mismo podemos decir sobre la causa de resolución basada en la existencia de actividades inmorales en la vivienda arrendada, que el artículo 27 de la LAU vigente ha recogido del artículo 114 de la Ley de 1964. Y es que se ha de notar la influencia de la evolución que se ha experimentado en la sociedad con respecto a las uniones de hecho. Socialmente, estas uniones han pasado de una situación de desaprobación y condena a otra de tolerancia e incluso de aceptación; así se deduce claramente a partir de la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 1992 y del mismo texto de la LAU.

Otra cosa distinta, advierte GALLEGO DOMÍNGUEZ, es que en un caso concreto llevasen a cabo acciones escandalosas o contrarias a las buenas costumbres, pues entonces sí incurrirían en esta causa de resolución, en la que igualmente podría incurrir un matrimonio.

D) CONTRATACIÓN ENTRE CONVIVIENTES

Desaparecidas las limitaciones que existían en materia contractual en la reforma de 1981, actualmente el Código Civil, en su artículo 1.323, dispone que *el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*.

Con mayor razón, los convivientes de hecho que no tienen entre sí vínculo jurídico alguno, también podrán celebrar entre ellos cualesquiera contratos, sean traslativos de dominio o sólo creadores de obligaciones. Ya hemos visto la posibilidad claramente admitida en las leyes de Cataluña, Aragón y Navarra, de que regulen las condiciones patrimoniales de su convivencia, y la doctrina y la jurisprudencia han aceptado las formas societarias.

Pero vistas esas premisas de carácter general, vamos a reparar en dos figuras contractuales que suelen darse con frecuencia en las uniones de hecho, sea en forma expresa o tácita. Son la prestación de servicios y la donación.

a) *Relaciones laborales*

Como nos dice CERDÁ GIMENO (110), hay cierta resistencia en la doctrina a admitir la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre concubinos;

(110) Trabajo citado, pág. 538.

no se dan en el concubinato las razones jurídicas que han llevado al legislador español a excluir de las normas laborales el trabajo entre cónyuges, pero también es cierto que el concubinato incide en la relación patrón-asalariado, colocando a éste en una posición muy distinta del asalariado ordinario. Por ello, las normas propias del contrato de trabajo o del arrendamiento de servicios deberán ser tenidas en cuenta, para su protección, en los casos en que la mujer asalariada (y en su caso, el hombre) ha pasado a estar en concubinato con su patrón.

No habrá problema cuando se haya formalizado el contrato de trabajo antes de la unión, en cuyo caso el asalariado está en disposición de exigir el cumplimiento de las cláusulas pactadas. Las dudas se plantean cuando falta ese contrato previo y expreso, pues entonces hay que averiguar la naturaleza de las prestaciones laborales desarrolladas por el conviviente a favor del otro, sea en servicios puramente domésticos o las labores fuera del hogar. La cuestión es si se presume que hay una actividad gratuita o si debe considerarse constituido un verdadero contrato subordinado y oneroso.

La cuestión central estribaría en cuál será la valoración jurídica que merece el trabajo prestado por un conviviente a favor del otro. GALLEGO DOMÍNGUEZ (111) estudia varias posibles soluciones, con vistas al momento de la ruptura de la unión, que será cuando el posible perjudicado pretenda el resarcimiento.

No acepta la presunción de la gratuidad de los actos prestados por considerarlos hechos *benevolentiae causa*, que originaría una injusticia notoria; la presunción debe ser la contraria, y así lo muestra el artículo 1.438 del Código Civil, que para el caso de los matrimonios en régimen de separación de bienes crea un derecho a resarcimiento por el trabajo prestado para la casa.

Es dudosa la solución de presumir la existencia de una sociedad de hecho, por la gran dificultad de probar esta especial forma de colaboración.

¿Puede existir una auténtica relación laboral entre los convivientes? Según dijimos, no habrá duda cuando antes de la unión, e incluso dentro de ella, se ha pactado un verdadero contrato de trabajo con arreglo a las normas de carácter social que lo rigen, pues no hay incompatibilidad alguna entre la unión de hecho y el contrato de trabajo. El problema estará a falta de pacto expreso, porque entonces habrá que ver si es posible concebir una relación laboral tácita que permita reclamar *a posteriori* los salarios que no se recibieron.

En cuanto a los trabajos extradomésticos, parece que podrá verse una auténtica relación laboral en cuanto que el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 1.º, configura como tales a los servicios prestados por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empleador o empresario,

(111) En su libro citado, pág. 271 y sigs.

y éste puede ser el concubino. Claro que el párrafo 3 del mismo artículo excluye de la regulación laboral al trabajo familiar, pero la unión de hecho no se puede considerar como tal. La reciente sentencia de 24 de febrero de 2000 (la tomamos de *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 432, pág. 13) declara que cuando el párrafo 3 del artículo 1.º del Estatuto de los Trabajadores, para excluir el contrato de trabajo, habla de *parientes*, se está refiriendo a los que tienen su origen en uniones matrimoniales, en ningún caso se comprende a las uniones estables de hecho, y, por tanto, no es de aplicación dicho precepto, sino lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1.º, existiendo una relación laboral al concurrir las notas de dependencia y alienidad que caracterizan a ésta, sin que pueda ser de aplicación por analogía la presunción favorable a la existencia de relaciones familiares.

En cambio, tratándose de trabajo doméstico, parece más difícil calificarlo como auténtica relación laboral porque falta tanto el dato de la subordinación como el de la alienidad, que se exigen claramente en el artículo 1.º del Estatuto, por lo que, a falta de pacto expreso, será sumamente difícil probar la existencia de una verdadera relación de trabajo entre dos unidos de hecho.

Los convivientes de hecho pueden contratar entre sí un auténtico arrendamiento de servicios, mediando un precio cierto, tal como requiere el artículo 1.544 del Código Civil. A falta de celebración expresa, que sería rarísima en la práctica, no siempre podrá probarse o presumirse su existencia. Si se trata de servicios de colaboración en la actividad económica o profesional del compañero, sí podrá existir un auténtico arrendamiento de servicios tácito, fijándose la retribución por los casos o las tarifas establecidas por los colegios profesionales. Si se trata de servicios de ámbito doméstico, no parece posible encuadrarlos en un típico contrato de esta clase.

De no poderse probar la existencia de una relación laboral o de prestación de servicios, ¿qué otro camino podrá encontrar el conviviente perjudicado para resarcirse de lo que pudo ganar y no ganó? GALLEGO DOMÍNGUEZ (112) se muestra partidario de aplicar a los convivientes la norma que para los esposos establece el artículo 1.438 del Código Civil, aunque no deja de reconocer las dificultades de esta equiparación. Como es sabido, el citado artículo del Código establece para el caso del régimen de separación de bienes entre esposos que *el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación*. Aunque, a juicio del autor citado, sería de estricta justicia deseable la aplicación de esta norma a los convivientes de hecho, no se puede justificar en este caso la analogía, entre unión de hecho y matrimonio, que se ha venido negando, tanto

(112) Obra citada, pág. 280.

por la doctrina como por la jurisprudencia. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 1994, se ha declarado contraria a la aplicación de este artículo 1.438 del Código Civil a las parejas de hecho.

En conclusión, de no existir contrato de trabajo o arrendamiento, expresos o tácitos, sólo quedará la vía de la *actio in rem verso*, o por enriquecimiento injusto, en los términos que ya hemos indicado.

b) Donaciones

Con el Código a la vista, las ideas básicas de la donación se pueden centrar en que es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta (art. 618). Se considera también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado (art. 619). Pueden hacer donaciones todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes y puedan aceptarla todos los que no están especialmente incapacitados por la ley para ellos (arts. 624 y 625).

En este encuadre primario caben perfectamente las donaciones entre concubinos, aunque el problema está en la licitud o ilicitud de la causa, que haría ineficaz y revocable el contrato.

Las motivaciones a que pueden obedecer las liberalidades entre convivientes pueden ser múltiples (113). Así, al comenzar las relaciones ilícitas es típica la donación encaminada a captar la voluntad de la otra parte induciéndola a entrar en el concubinato; en el curso de éste pueden darse donaciones normales para festejar cumpleaños, onomásticas u otros acontecimientos similares, incluso para determinar a la otra parte a continuar en la relación. Al acercarse el fin de la relación, para suplir la falta de vocación abintestato, bien como precio del silencio o, en alguna forma, para reparar el daño a la otra parte.

No se puede admitir la idea de que todas las donaciones entre convivientes tienen una causa ilícita; como nos dice GALLEGO DOMÍNGUEZ (114), tratándose de auténticas convivencias con estabilidad y publicidad, es difícil ver en estas donaciones una causa torpe, pues la comunidad de vida y su duración le dan tal seriedad que no se puede ver en tales donaciones un *pretium stupri*. Normalmente, no hay una sola motivación para hacer estas donaciones, pueden hacerse por amor o al menos para atender el futuro del otro conviviente, teniendo en cuenta la relación personal que entre ellos existe. La jurisprudencia es abundante y sigue la línea de declarar que la donación es nula cuando

(113) Véase el trabajo citado de CERDÁ GIMENO, pág. 541.

(114) Tesis citada, pág. 255.

sólo se persigue el inicio o la persistencia de las relaciones íntimas ilícitas; también se ha considerado nulo el pacto de entregar una cantidad de dinero para acabar con unas relaciones extramatrimoniales. Por supuesto, son nulas las donaciones que son simple remuneración de prestaciones sexuales (*pretium stupri*); así lo entiende también ESTRADA ALONSO (115), el cual entiende que en estas donaciones se esconde un verdadero contrato cuyo objeto no es más que la persona humana, que está fuera del comercio. Las prestaciones hechas a cambio de favores sexuales tienen una motivación ilícita que comporta la nulidad del objeto contractual. En cambio, este autor opina que serían válidas las donaciones entre convivientes que se hacen para reparar el perjuicio moral o material causado, las que vayan destinadas a hacer cesar la convivencia y las que se hagan para remunerar los servicios lícitos prestados.

Los casos estudiados y resueltos por la jurisprudencia son variadísimos, como es de suponer. CERDÁ GIMENO (116) los agrupa, distinguiendo, según las sentencias del Tribunal Supremo:

- Donaciones encubiertas bajo forma de compraventa, reconocimiento de deuda u otro tipo contractual de los que habitualmente se consideran onerosos. Se declara la nulidad por falsedad en la causa, sin que exista otra que le sirva de soporte (art. 1.275 del Código Civil).
- Donaciones propiamente dichas. En este caso parece que lo más ajustado a Derecho será distinguir entre la donación no consumada, nula y no exigible, y la donación consumada, también nula, pero sin acción para repetir lo donado (art. 1.306). Pero el Tribunal Supremo, en ambos casos, ha declarado la nulidad por igual.
- Y, por último, los compromisos o donaciones que serían admisibles, por estar basados en una obligación moral. Hay varias sentencias en este sentido.

E) EFECTOS FRENTE A TERCEROS

El concubinato, al producir aparentemente una convivencia igual a la matrimonial en el exterior, puede dar lugar a que los terceros consideren que hay un hogar verdadero y contraten de buena fe con los convivientes, al desconocer la situación irregular.

CERDÁ GIMENO (117) recoge la doctrina de varios autores franceses (BEUCHER, AUBINEAU, TALLON), según los cuales los acreedores podrán ejerci-

(115) Obra citada, pág. 298.

(116) Trabajo citado, págs. 541 y 542.

(117) Obra citada, pág. 544.

tar contra el otro concubino no contratante las acciones adecuadas que resulten del régimen matrimonial legal, como consecuencia de la aplicación de la doctrina de la apariencia, y nos dice, además, que en nuestro Derecho cabe defender la misma doctrina, dado que el Tribunal Supremo ha aplicado este principio en multitud de casos análogos.

En todo caso, y aunque conozcan la situación irregular, podrán también ejercitar las acciones por enriquecimiento injusto o la resultante de la gestión de negocios ajenos sin mandato, siempre que concurran los requisitos necesarios.

Hay varias teorías que pretenden justificar esta posibilidad de que los terceros pueden acudir no sólo contra la persona con quien contrataron, sino también contra los convivientes (118). Si hemos negado toda analogía con el matrimonio, tenemos que negar igualmente la aplicación a las uniones de hecho de los que se dispone en el artículo 1.319 del Código Civil. Este precepto establece que cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas a su cuidado, conforme a uso del lugar y las circunstancias de la misma. Como consecuencia de tal facultad, se establece en el mismo precepto que de las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda, y, subsidiariamente, los del otro cónyuge. La regla que es normal y adecuada al tratarse del matrimonio con bienes de naturaleza claramente determinada, no es aplicable a las uniones cuyo régimen patrimonial es dudoso y cambiante, según se ha visto.

Desechada esta posibilidad, veíamos otras a las que ha acudido la doctrina para proteger a los terceros:

- La sociedad de hecho existente entre los convivientes. Es tan difícil de probar, que la solución no nos parece muy viable.
- Teoría del mandato tácito entre convivientes. Si bien el artículo 1.710 del Código Civil reconoce la figura del mandato tácito, la verdad es que sólo en el caso de que el mandatario exprese que actúa en nombre del conviviente mandante podrá el tercero acudir contra éste, según se desprende del artículo 1.717.

Quizá podría admitirse esta vía del mandato tácito si se tiene en cuenta, por un lado, que los gastos domésticos aprovechan a ambos convivientes, y, por otro, que entra dentro del deber, aunque sea natural solamente, de la mutua asistencia, por lo que los gastos ordinarios hechos por uno de los convivientes obligan igualmente al otro.

(118) Pueden verse en las obras de ESTRADA, pág. 312, y GALLEGO, pág. 353.

- La gestión de negocios ajenos. Es una postura similar a la anterior, pues el conviviente que procura las necesidades ordinarias de la pareja, aunque sea sin mandato del otro, queda encuadrado en la figura ya conocida en Derecho romano de la *negotiorum gestio* que se contempla en el artículo 1.888 del Código Civil, y que produce los efectos de un auténtico mandato si se ratifica por el otro conviviente, lo que es de presumir si éste se ha aprovechado de la gestión realizada.
- Teoría de la responsabilidad por culpa. La considera aplicable, hasta cierto punto, GALLEGO DOMÍNGUEZ, quien nos dice que cuando los convivientes hacen creer a los acreedores, culposa o dolosamente, que son personas casadas, si les defraudan cometen un acto ilícito indemnizable, a tenor del artículo 1.902 del Código Civil.
- La teoría que parece tener mejor base es la de la protección a los terceros basada en la apariencia. Aquí no se precisará, como en la responsabilidad extracontractual del párrafo anterior, que medie culpa o negligencia; se basa simplemente en la protección de la buena fe de los terceros que contratan con los convivientes, creyendo que están en presencia de un matrimonio. Lo normal aún, en nuestra sociedad, es que quienes vivan juntos estén casados. Basándose en esta apariencia matrimonial engañosa, los terceros contratan con la tranquilidad que supone la responsabilidad solidaria que se produce entre cónyuges, por lo que la reclamación contra uno se puede extender al otro.

Los defensores de esta tesis de protección a la apariencia llegan a considerar que es aplicable, en parte al menos, el párrafo segundo del artículo 1.319 del Código Civil, que antes considerábamos inaplicable por ser una regla del matrimonio, de modo que los convivientes extramatrimoniales al menos quedarán obligados, si no solidariamente, sí al menos en cuanto a los bienes del contratante y de modo subsidiario en los bienes del conviviente.

Como se ve, es un tema que preocupa tanto a la doctrina como a los jueces. La insolvencia del que ha contratado los bienes y servicios, y la dificultad y aún imposibilidad de acudir a los bienes del otro conviviente da lugar a estas especulaciones. En último término, se podría acudir al enriquecimiento sin causa, pero a costa de dificultades de prueba casi insuperables en la práctica.

La Ley de Cataluña dedica a esta materia los artículos 5 y 24 —para heterosexuales y homosexuales, respectivamente—, en los que acepta inicialmente el principio de solidaridad. Según estos preceptos, *ante terceras personas, ambos miembros de la pareja responderán solidariamente de las obligaciones contraídas por razón de los gastos comunes que establece el artículo 4 —el 23 para los homosexuales— si se trata de gastos adecuados a los usos y al nivel de vida de la pareja; en cualquier otro caso, responde quien haya contraído la obligación*. O sea, que hay solidaridad en cuanto a

los gastos comunes, y falta de responsabilidad del otro conviviente para los demás gastos. Quizá esta distinción responde al principio de separación de bienes que en Cataluña rige, no sólo para los matrimonios, sino también, y expresamente, para las uniones de hecho, pues ya vimos que en el artículo 3 —22 para los homosexuales— se establece que cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes.

En la Ley de Aragón no se hace referencia alguna a este tema.

Sí la hace la Ley Foral de Navarra, que establece en su artículo 7.º que los miembros de la pareja estable son responsables solidariamente frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención de los hijos comunes.

VI. EXTINCIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO

A) CAUSAS

La extinción de la unión de hecho se produce por la muerte o la voluntad de cualquiera de los concubinos. El supuesto normal de cesación de la convivencia será el mutuo acuerdo, o, más bien, el desacuerdo de los dos convivientes; pero también puede darse, y se da con frecuencia, la voluntad unilateral de uno de ellos, que se manifiesta en el abandono.

La Ley de Cataluña relaciona los supuestos en los artículos 12 y 30 —para heterosexuales y homosexuales, respectivamente— que dicen que las uniones se extinguen por las causas siguientes:

- Por común acuerdo.
- Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.
- Por defunción de uno de los miembros.
- Por separación de hecho de más de un año.
- Por matrimonio de uno de los miembros.

La Ley de Aragón, en su artículo 6, enumera las mismas causas, y, aunque las relaciona en orden distinto, en un trasunto fiel de la normativa catalana.

Lo mismo hace la Ley Foral de Navarra, que en su artículo 4.º regula las causas de la misma manera que Cataluña y Aragón.

B) EFECTOS

Como ya hemos venido apuntando, es precisamente a partir de la extinción del concubinato cuando se presentan los problemas más agudos de este fenó-

meno. Había una convivencia y ésta se ha terminado y es preciso liquidar y dividir unos bienes que los convivientes tenían en disfrute común, remunerar servicios y atender a la posible situación económica precaria en que quede alguno de los concubinos. Si las operaciones se han de realizar por los propios exconvivientes, lo normal es que se presenten con cierto grado de tirantez después de la ruptura; si la partición hay que hacerla entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, posiblemente sea la situación más tirante todavía.

Estas liquidaciones casi siempre derivan en situaciones litigiosas, y son los tribunales los que han de decidir, aunque sin normas claras y directamente aplicables, por lo que la doctrina suele aportar opiniones que a veces pueden ser válidas.

El francés BERNARD DEMAÏN ha contemplado el problema monográficamente, estudiando las posibles soluciones adoptadas por la jurisprudencia del país vecino en su libro *La liquidación de bienes en las uniones de hecho* (119). Nos dice este autor que la situación patrimonial derivada del concubinato no puede ser liquidada como un pseudorégimen matrimonial. Entre concubinos sólo puede nacer una sociedad particular o una comunidad de trabajo. Su resultado es siempre limitado y nunca puede llevar a un desenmarañamiento de los patrimonios que entraron en la *bolsa común* que, por otra parte, no siempre existe. Y, sin embargo, sigue diciendo, la equidad exige que esta masa sea liquidada, porque no es admisible que quien ha aparentado ser jefe de familia la conserve a su nombre o que el concubino sobreviviente guarde en su poder los muebles que decoraron la vivienda común, en detrimento de los herederos del fallecido.

Por eso, entendemos que si en la unión ha mediado pacto, habrá que estar a lo acordado. De no ser así, puede pensarse que el pacto tácito de alimentos y manutención que existía entre los convivientes debe continuar cuando uno de ellos queda abandonado y sin recursos, bien sea considerándolo obligación natural, reparación del daño o enriquecimiento injusto, si existió.

En Derecho comparado, los tribunales adoptan soluciones que suelen ir por esas vías (120).

En Francia, en casos de ruptura de la unión libre, los bienes (salvo existencia de pactos específicos), se dividen como si existiese una sociedad de hecho, siempre que se aporten pruebas (Casación, 25 de julio de 1949), tales como la puesta en común de recursos para adquirir bienes inmuebles, el encargo conjunto de los muebles y pago de facturas, el trabajo conjunto o de uno para el otro, sin seguridad social y de buena fe. Los tribunales se esfuer-

(119) Antes citado, traducido por el Profesor GONZÁLEZ PORRAS, y con prólogo del Profesor CASTÁN VÁZQUEZ, ver pág. 93 y sigs.

(120) Recogemos un resumen hecho por el Notario SIMÓ SANTONJA en su discurso citado (págs. 43 y 44).

zan en aproximar la ruptura del concubinato a la disolución del matrimonio, aunque la analogía sea sólo parcial y limitada.

En Holanda, sobre todo después de la adopción del divorcio, el legislador ha adoptado una posición neutra, y la jurisprudencia ha aceptado la idea de comunidad de bienes adquiridos durante la cohabitación, mediante el siguiente razonamiento: que un hombre y una mujer que viven juntos en unión extramatrimonial pierden la protección que la ley acuerda para la institución matrimonial, pero las disposiciones legislativas a las que debe someterse tal cohabitación deben alinearse, en la medida de lo posible, con las relativas al estado matrimonial, de donde deriva que, salvo prueba en contrario, es admisible la propiedad conjunta.

En Derecho anglo-australiano, no existiendo sistema de comunidad de bienes, los tribunales se remiten a los principios de *trust* y *equity*, igualmente aplicables a casados y no casados. En el actual estado de cosas, estas doctrinas del *trust* y de la autorización convencional tienden en cierta medida a desembocar en una especie de comunidad de bienes reducida a las ganancias.

En Estados Unidos, los tribunales de algunos Estados, incitados por el reconocimiento creciente del valor de los servicios domésticos en el contexto de la legislación divorcista, reconocen paralelamente a las parejas no casadas, que tal servicio doméstico basta para reclamar por enriquecimiento sin causa, con lo que se da a la noción de *familia* una interpretación amplia, de suerte que la responsabilidad pasa de la sociedad a la pareja que cohabita.

En Yugoslavia hay algunas disposiciones al respecto en los artículos 254-258 de la ley croata sobre el matrimonio y la familia. Estas disposiciones permiten, en caso de ruptura, una ayuda financiera cuando uno de ellos no puede subvenir a sus necesidades o está en situación de paro laboral. La obligación puede limitarse a un plazo determinado hasta que se asegure la obtención de medios financieros, y se pierde en todo caso si se casa o inicia una nueva relación extramarital.

En materia de obligación de mantenimiento, aparecen dos tendencias opuestas. La primera se refiere a las pensiones alimenticias, y hay que destacar que Francia, Suecia y algunos Estados americanos parten del principio de que la obligación de alimentos no es sistemática. La segunda consiste en considerar que siempre hay que dar asistencia, aunque sea temporal, a la parte más débil. En algunos países no europeos hay disposiciones legislativas que claramente aplican el derecho de alimentos matrimoniales a las uniones libres duraderas.

En Nueva Escocia, una ley de 1967 permite a los concubinos ejercitar la acción de alimentos siempre que hayan convivido un año; mientras que en Terranova (ley 1970) y Manitoba (ley 1978), se exige, además del citado año de convivencia, el haber tenido hijos comunes. En Columbia Británica se exigen dos años, y en Ontario, cinco. En Cabo Verde, los no casados tienen idéntico derecho de alimentos que los casados.

En los Estados europeos, donde no existen disposiciones similares, cabe preguntarse si por analogía pueden trasponerse a las uniones libres las normas alimenticias del matrimonio. Así, el Tribunal de Instancia de Berlín-Lichterfelde, en 7 de septiembre de 1951, reconocía el derecho no sólo a alimentos sino a cubrir las necesidades de vestido y otras usuales. La misma observación vale para el intento de interpretar el artículo 143-2.º del Código Civil italiano, en el sentido de reconocer a los concubinos el derecho de ayuda mutua. Por el contrario, la jurisprudencia suiza es terminante: la vida en común, aunque sea duradera, no basta para justificar una demanda de reparación; el concubinato difiere del matrimonio en que no existe ningún deber recíproco de ayuda o mantenimiento (BG 7 de febrero de 1980).

Nadie discute la posibilidad de que los alimentos se hubiesen asumido por pacto expreso, pero la dificultad corriente es que tal pacto no existe y se hace difícil suponer la existencia de pactos tácitos para encontrar una solución al litigio. El Tribunal Supremo Federal austríaco (15 de abril de 1971), infiere la existencia de una voluntad implícita alimentaria del *comportamiento conjunto* (*Gesamtverhalten*).

Recordando lo ya dicho sobre la posible existencia de bienes, ganancias obtenidas y prestación de servicios, habrá que estar a lo pactado y en otro caso, a las normas generales del ordenamiento jurídico para cada uno de los supuestos concretos sobre comunidad de bienes, frutos y productos del trabajo, pues no cabe aplicar las normas matrimoniales. En el caso especial de abandono unilateral, la jurisprudencia no ha admitido la aplicación del artículo 1.702 del Código Civil, basándose en que la unión de hecho no comporta obligaciones jurídicas, porque es libre en su inicio, su mantenimiento y su fin. GALLEGO DOMÍNGUEZ (121), sin embargo, opina que no siempre este principio general está conforme con la justicia; así, se han propuesto una serie de casos en los que la unión podrá generar algún derecho, aunque éste no tendría su origen en la ruptura en sí, sino en otras causas, tales como la existencia de un pacto o de circunstancias especiales concurrentes. Se duda si podría pedirse una pensión compensatoria por el trabajo doméstico que contempla el artículo 1.438 del mismo Código; en ambos casos lo ha negado el Tribunal Supremo, porque falta la institución básica que habrá de ser el matrimonio.

Nos queda exponer lo que al respecto disponen las leyes autonómicas promulgadas.

La Ley de Cataluña, en sus artículos 13 y 14 —31 y 32 para los homosexuales— reconoce tanto la compensación económica como la posibilidad de una pensión periódica. Según el artículo 13, cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene

(121) Tesis citada, pág. 316.

derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto. Este derecho, que es compatible con la pensión periódica que veremos, ha de reclamarse en el plazo de un año a contar de la ruptura y ha de notificarse en metálico y en el plazo máximo de tres años (art. 16).

La posibilidad de la pensión alimenticia se contempla en el artículo 14, el cual dispone que, al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros de la pareja puede reclamar del otro una pensión alimenticia periódica, si la necesita para atender adecuadamente a su sustento en uno de los casos siguientes:

- Si la convivencia ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos.
- Si tiene a su cargo hijos comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida. Esta pensión se extinguirá a los tres años de su primer pago o si el beneficiario contrae matrimonio o se une en nueva pareja; si hay hijos, cuando éstos lleguen a la mayoría de edad o sean emancipados (art. 16).

En la Ley de Aragón se regulan estos derechos de modo paralelo en su artículo 7, según el cual, si la pareja se extingue, por causa distinta del fallecimiento, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, el perjudicado podrá exigir una compensación económica en los siguientes casos:

- Cuando ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja.
- Y cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar o a los hijos comunes o del otro conviviente, o ha trabajado para éste.

La pensión también se reconoce, en términos parecidos a la Ley catalana, en el párrafo 2 de este artículo 7 de la Ley de Aragón. Se dispone que al extinguirse la convivencia por causas voluntarias, cualquiera de los convivientes podrá exigir al otro una pensión, si la necesitare para su sustento, en el supuesto de que el cuidado de los hijos comunes le impida la realización de actividades laborales o las dificulte seriamente. Esta pensión se extinguirá cuando el cuidado de los hijos cese por cualquier causa o éstos alcancen la mayoría de edad o se emancipen.

La diferencia con la pensión catalana es que allí puede pedirse aunque no haya cuidado de los hijos, cosa que es aquí necesaria; además, porque en el número 3 del artículo 7 se especifica que la pensión se ha de ponderar *equi-*

libradamente en razón de la duración de la convivencia. Este último nos parece un tanto desequilibrado, pues si la pensión es necesaria porque existe el cuidado de hijos, el **baremo** para calcular su cuantía debe estar más bien acorde con lo que éstos precisen y no porque la unión haya durado más o menos años, y, en todo caso, atendiendo también a las posibilidades económicas del obligado a pagarla.

La Ley Foral de Navarra regula los efectos de la ruptura de la unión en los artículos 5-4 y 6. En el primero se concede a cualquiera de los miembros, al cesar la convivencia, la posibilidad de reclamar del otro una pensión periódica, si la necesita para atender a su sustento en los casos de que hubiera disminuido su capacidad para obtener ingresos o para atender al cuidado de los hijos comunes. En el artículo 6 se señala que la pensión o la compensación deben reclamarse en el plazo de un año y se extingue en el plazo de tres a contar desde la primera pensión, pudiendo disminuirse y aun extinguirse dicha pensión cuando el desequilibrio disminuya o desaparezca.

C) SUCESIÓN HEREDITARIA

a) *Regla general*

La transmisión de los derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio del causante se produce desde el momento de su muerte a favor de sus herederos.

El sistema sucesorio está articulado por los diversos modos de producirse la delación hereditaria, que son el testamento o el pacto sucesorio, en las regiones forales que lo admiten, o en defecto de éstos, por determinación de la ley.

La sucesión entre convivientes de hecho, dado que no existe vínculo familiar alguno que pueda justificar el abintestato, sólo puede producirse por vía testamentaria o por pactos sucesorios, con arreglo a las normas generales y dejando a salvo los derechos legitimarios de los parientes del causante reconocidos por la ley. No cabe, en principio, la posibilidad de la sucesión legal entre los convivientes, salvo el caso anómalo y excepcional de las parejas homosexuales que veremos en la Ley catalana. En el régimen común, el artículo 913 del Código Civil establece claramente que, a falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, el viudo o la viuda y al Estado. Esta sucesión sigue primero la línea descendente, después la ascendente, el cónyuge supérstite, los colaterales hasta el cuarto grado, y el Estado. Las legislaciones forales tienen especialidades que no vamos ahora a exponer. Se trata de una enumeración cerrada que no permite ni extensiones ni analogías.

Respecto a la sucesión testada, el testador siempre tendrá la posibilidad de nombrar heredero o legatario a su conviviente en los bienes que no dañen a la legítima y sean de su libre disposición. Respetando estos límites, en el Código Civil no hay ninguna norma que establezca una incapacidad subjetiva a los convivientes para suceder entre sí, ni la hay que imponga la nulidad de tales disposiciones. En las regiones forales donde se admitan los pactos sucesorios, igualmente serán posibles las instituciones a favor de los convivientes, con respeto a los derechos de los legitimarios.

Estas dos son, por tanto, las reglas básicas: posibilidad de heredar por vía testamentaria o de pacto, e inexistencia de la sucesión abintestato.

Sin embargo, en las dos leyes autonómicas que venimos estudiando se contienen reglas especiales al respecto que vamos a ver.

b) *Ley de Cataluña*

Como es sabido, se contemplan las uniones heterosexuales y homosexuales, a las cuales se atribuyen unos derechos sucesorios comunes a ambas clases de parejas, mientras que hay otros derechos que se conceden de modo exclusivo a unas y no a otras.

1. Son derechos sucesorios comunes a ambas clases de parejas los siguientes:

- El conviviente puede hacer suyos las ropas, el mobiliario y los enseres que constituyeron el ajuar de la vivienda habitual común [arts. 18.1 y 33.a)] de la Ley, paralelo al artículo 35 del Código de Familia, que concede un derecho igual al cónyuge viudo).
- Igualmente, el supérstite tiene derecho a habitar la vivienda habitual durante al año siguiente a la muerte del conviviente causante, perdiendo este derecho si durante este año se casa o pasa a vivir maritalmente con otro (arts. 18.2 y 33).
- Por último, se le reconoce el derecho, ya concedido por la Ley de Arrendamientos Urbanos, de subrogarse en el contrato del que era titular el conviviente fallecido [arts. 18.3 y 33.e)].

2. Derecho exclusivo para los heterosexuales. Es el concedido en el párrafo 2 del artículo 18, que no alcanza a los homosexuales, y que es el tradicional *any de plor* catalán, que comprende no sólo el ya dicho derecho de habitar durante un año la vivienda habitual, sino también el de ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, en consonancia con el nivel de vida que había mantenido la pareja y la importancia del patrimonio relicto (art. 18.2).

3. Derechos exclusivos de los homosexuales. Cuando la sucesión del conviviente causante sea testada (art. 35) y también, cuando siendo intestada haya convivencia con descendientes y ascendientes [art. 34.1.a)], el supérstite que no tenga medios suficientes para su adecuado sustento puede ejercitar una acción personal para exigir a los herederos del premuerto bienes hereditarios o su equivalencia en dinero, a elección de los herederos, hasta la cuarta parte del valor de la herencia; también puede reclamar la parte proporcional de los frutos y rentas de la herencia percibido desde el día de la muerte del conviviente o su valor en dinero. Es un derecho análogo a la llamada *cuarta vidual* que se regula en los artículos 379 a 382 del Código de Sucesiones de Cataluña.

- La especialidad más saliente que se concede a los homosexuales es la clara delación por abintestato, que, inexplicablemente, no se concede a las parejas heterosexuales. En efecto, aparte de lo ya dicho, en el apartado *b)* del artículo 34 de la Ley se establece que si no hay descendientes ni ascendientes del premuerto en concurrencia con colaterales de éste dentro del segundo grado de consanguinidad o adopción, o de hijos de éstos, o si han premuerto, tiene derecho el supérstite conviviente a la mitad de la herencia. Y, a falta de las personas antes indicadas, el homosexual tendrá derecho a la totalidad de la herencia [art. 34.e)].

Esta diferencia de trato en cuanto a la sucesión intestada que no se reconoce a las parejas heterosexuales y sí a los homosexuales produce extrañeza en la doctrina (122). Sólo encontramos un asomo de explicación en el trabajo de JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL (123), que reconoce la enorme diferencia que se aplica en los derechos sucesorios abintestato entre las dos clases de pareja, reconociéndolos para los homosexuales, y no para los heterosexuales. Dice al efecto que *la razón estriba, con certeza, en el hecho de que las uniones estables de pareja heterosexual pueden contraer matrimonio, equiparando su status de este modo al de las parejas casadas; mientras que, por el contrario, las uniones estables de pareja homosexual no pueden contraer matrimonio*. Poca razón es, pues no parece sino que se quiere buscar un incentivo para que los convivientes heterosexuales tiendan al matrimonio, lo que en principio han rechazado. Más bien parece que se quiera incentivar la homosexualidad. Sea como sea, la diferencia a peor es irritante e inexplicable.

(122) Pueden verse los trabajos citados de CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, pág. 605; del Profesor BOSCH CAPDEVILA, pág. 333, y del Notario MARTÍNEZ PIÑEIRO, pág. 38.

(123) «La Ley catalana de uniones estables de pareja», en la *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1999, pág. 42.

c) *Ley de Aragón*

Sólo hay en ella tres preceptos que puedan tener alguna relación con el tema sucesorio entre convivientes. En el artículo 13 se señala que la pareja estable no casada no genera relación alguna de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro. Con esto, se dice claramente que no cabe la sucesión abintestato, ya que ésta se basa precisamente en las relaciones de parentesco, que, por definición legal, no existe.

La sucesión testamentaria no tiene más limitación que el respeto a las legítimas. Es sabido que en Aragón las dos terceras partes del caudal deben recaer forzosamente en los descendientes del causante, y sólo en ellos. En el resto, si hay descendientes, el testador puede instituir a cualquier persona y, por tanto, a su conviviente de hecho. ¿Puede hacerse esta institución en testamento mancomunado? El artículo 15 de la Ley de parejas aragonesas establece que los miembros de la pareja estable no casada podrán testar de mancomún de conformidad con lo dispuesto en la legislación sucesoria aragonesa. Este precepto hubiera supuesto una novedosa excepción en los tiempos de vigencia de la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967, en cuyo artículo 94 se limitaba a los cónyuges aragoneses la facultad de testar mancomunada. Pero ahora rige la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, de 24 de febrero de 1999, desde un mes antes de la de parejas, y en el artículo 102 se concede que los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón. Al no requerirse la cualidad de cónyuges, los convivientes pueden hacer testamento mancomunado por permitirlo con carácter general la Ley de Sucesiones, y no la de parejas de hecho, cuyo artículo 15 viene a ser *superfluo* y perfectamente inútil.

Otro tanto cabe decir del artículo 16, que dice que los miembros de la pareja estable no casada podrán otorgar pactos sucesorios en los términos previstos en la legislación sucesoria aragonesa. En la Compilación (art. 99) sólo se daba validez a los pactos convenidos precisamente en capitulaciones matrimoniales o entre parientes consanguíneos, afines o adoptivos; entonces, hubiera sido singular esta disposición que se *autoriza* a los convivientes en este artículo 16. Pero, por cierto, se remite a la legislación sucesoria aragonesa y ésta, ahora la citada Ley 1/1999, de 24 de febrero, autoriza en su artículo 62, los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto. Los convivientes no son ni cónyuges ni parientes (art. 14), pero no les hace falta, porque pueden pactar su sucesión, no porque les autorice la Ley de parejas, sino la de Sucesiones por causa de muerte.

Así, los artículos 14, 15, y 16 de esta Ley de parejas son perfectamente inútiles.

d) *Ley Foral de Navarra*

La ley 253 de su Fuero Nuevo establece que el cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que pertenecían al premuerto en el momento del fallecimiento. La nueva Ley Foral, en su artículo 11, añade un párrafo al artículo de la Compilación, estableciendo que *se considera equiparada a estos efectos la situación del cónyuge viudo al miembro sobreviviente, en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley*.

La Ley Foral de parejas también modifica la ley 304 del Fuero Nuevo, incluyendo en su número 5, junto al cónyuge, la pareja estable para suceder en los bienes no troncales.

Igualmente modifica la ley 341, en el sentido de que no pueden ser contadores-partidores los que hubiesen formado pareja estable con el causante.

VI. JURISPRUDENCIA

A) ÁMBITO GENERAL

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han tenido que fallar multitud de cuestiones que se les han planteado en relación con las uniones de hecho, casi siempre en ocasión de su ruptura o extinción, que es cuando los convivientes se acuerdan de acudir a unas normas que rechazan al no unirse en matrimonio, y que después creen que se les deben aplicar.

Tres cuestiones fundamentales han solido ocupar la atención de los Tribunales (124):

- La continuación del arrendamiento a la muerte del contratante por el otro miembro de la pareja. La línea seguida por el Tribunal Constitu-

(124) Pueden verse estas cuestiones en los siguientes trabajos:

— «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ante las uniones de hecho», de la Profesora MAGDA TERRERO MUÑOZ, en la *Revista General del Derecho*, 1998, pág. 10625 y sigs.

— «Una aproximación realista para una visión de conjunto de las sentencias del Tribunal Supremo relativas a aspectos de la situación de parejas no casadas», de JOSÉ CERDÁ GIMENO, en el libro *Estudios sobre Derecho de familia*, Colegio de Registradores, 1993, pág. 603 y sigs.

— *Notas de Derecho español*, en el libro citado en BERNARD DEMAÏN, por el Profesor GONZÁLEZ PORRAS, pág. 129 y sigs.

— «Comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo sobre Derecho de familia», de FRANCISCO CASTRO LUCINI, en *RCDI* de 1995, pág. 2-263 y sigs.

— Profesor O'CALLAGHAN, trabajo citado, pág. 227 y sigs.

— *Diccionario de Jurisprudencia Aranzadi*, años 1992 a 1999.

cional dio lugar a que se acogiera esta subrogación en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, y por ello no es preciso traer a colación los fallos en este sentido.

- La *pensión de viudedad*, que se ha pretendido por los convivientes supérstites y que, salvo alguna notoria excepción, ha sido denegada con el argumento de peso de que los que, pudiendo casarse, no lo han hecho, no pueden pretender unos derechos basados en una situación que, evidentemente, no tienen. Como en nuestro trabajo no hemos comprendido los temas de seguridad social, no entramos en el estudio de estos fallos.
- Por último, lo que sí nos interesa es la configuración del fenómeno de la unión de hecho que ha llevado a cabo la jurisprudencia al fallar peticiones relacionadas con los efectos patrimoniales concretos derivados de la liquidación de los bienes de los concubinos tras la ruptura de la unión.

B) CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

Son numerosísimas las sentencias ya dictadas en esta materia concreta y que responden a demandas pidiendo el reconocimiento de derechos basados en la analogía de la unión de hecho con regímenes matrimoniales, en especial la comunidad de gananciales, o en figuras societarias o comunitarias pactadas o supuestas.

Es imposible consignar todas ellas, y por eso nos tenemos que limitar a recoger los párrafos aplicables de los fundamentos jurídicos de las varias sentencias más destacadas, y que, además, suelen recoger la doctrina de otras sentencias anteriores.

1. Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1992. Exige como requisito la convivencia *more uxorio*, y al extinguirse se ha de dividir como una comunidad ordinaria o una sociedad irregular:

El encuadre normativo legal de la relación patrimonial creada entre los litigantes, se presenta efectivamente dificultosa y en este sentido también es vacilante la posición de los países de nuestro encuadre occidental; en cuanto las uniones libres están también ausentes de una reglamentación sistemática. Sin embargo, tampoco se trata de situaciones totalmente ilegales, sino toleradas y fragmentariamente objeto de atención legal, sin habérselas desprovisto plenamente de su forma de vidas compartidas, marginales a las uniones matrimoniales.

Pero no se puede desconocer que en estos casos se crean unas situaciones de hecho a las que en términos de estricta justicia y por imperio de la

equidad, ha de atenderse y tener en cuenta, pues en la *mayoría* de los supuestos, las consecuencias negativas superarían, superponiéndose a las positivas.

No obstante, tales uniones para que puedan generar aplicación de la normativa legal, deben de cumplir ciertos requisitos que se derivan de su propia naturaleza, a fin de evitar que una interpretación amplia y no debidamente medida, desborde y desvirtúe la correspondiente aplicación del Derecho.

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, con el núcleo de un mismo hogar.

Dichas condiciones se dan concurrentes en las relaciones que por más de veinte años mantuvieron los litigantes de autos y con proyección bien concretada de actividades en común, como el reconocimiento legal de su hija a la que mantuvieron y educaron; la existencia y el manejo de cuentas bancarias y la compra de bienes producto de sus actividades negociales compartidas.

Esto determina que se ha generado la existencia de un patrimonio común, el cual por consecuencia del cese de la relación de convivencia, es objeto de la petición de la recurrida, en cuanto esencialmente postula su división y adjudicación de la parte que le corresponde en el mismo. Esto es el centro del debate toda vez que los interesados no pactaron ni adoptaron ninguna norma previsorá al respecto, salvo el pacto tácito, derivado de las prestaciones habidas entre ellos que es a florante de sus voluntades decididas y constatadas de tener en común los bienes que fueron adquiriendo durante el dilatado tiempo en que vivieron y trabajaron juntos.

Tal cuestión nuclear del debate no es debidamente combatida en el motivo que no pretende acoger, pues, en todo caso, el remedio analógico que empleó la sentencia de la instancia, lo fue respecto a la determinación y reintegro de los derechos de la recurrida en los bienes comunes. En este sentido se hace remisión a la comunidad de bienes, como realidad fáctica que ha venido al pleito y fue debidamente comprobada, reputándola como *sui generis* y en cuya dinámica no se da impedimento legal para instar su división en cualquier momento, sin necesidad de que se produzca ruptura efectiva de convivencia, conforme dispone el artículo 400, en relación al 392, 393 (párrafo último) y demás concordantes del Código Civil.

Dicha comunidad presenta la especialidad de que se presenta más bien orientada 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, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de los bienes aparezca a favor del que recurre en este trámite casacional, por no ser prevalente frente a la recurrida que ostenta la cotitularidad que la

Sala a quo declaró, al tratarse la del recurrente de una titulación dominical fiduciaria, a la que se superpone la verdadera titularidad compartida como lo que en su día constituyó su pareja estable y en porciones igualitarias.

*Si bien en estas situaciones cabe partir, en términos generales, de la existencia de una comunidad ordinaria, cada caso puede presentar particularidades que determinan la aplicación para su regulación de otra institución legal similar en efectos, lo que sucede en el que se enjuicia, donde cabe encuadrarlos en el régimen de la sociedad irregular de naturaleza mercantil, ya que por consecuencia del esfuerzo mutuo, en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se generó un patrimonio comunal. De esta manera, a falta de concierto expresado, el verbal, al efecto, es determinativo de la referida sociedad de hecho (sentencia de 4 de abril de 1991), pues se da concurrencia de actos constitutivos, creadores y *permanenciales*, 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.*

2. Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1994. Declara que las uniones de hecho y las matrimoniales ofrecen considerables diferencias que impiden la aplicación analógica de los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil, no dándose entre ambas situaciones la igualdad que permitiría esa aplicación de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución; otra cosa podría conducir a una auténtica creación judicial del Derecho en materia de regímenes económicos del matrimonio no autorizada del artículo 1 del Código Civil.

En sentencia de esta Sala, de 22 de julio de 1993, habiéndose solicitado, en virtud del artículo 4.1 del Código Civil, la aplicación del régimen de la sociedad de gananciales, ya se dijo:

- *Ser cierto que las llamadas uniones de hecho o *more uxorio* constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida, bien que con evidente resistencia por los tribunales, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional (vid. sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, y 18 de febrero de 1993, respecto de esta Sala, y las de 11 de diciembre de 1992 y 8 de febrero de 1993 del TC).*
- *Dicha admisión, como consecuencia obligada del texto constitucional, especialmente de su artículo 39.1, que se halla proyectado sobre algún texto legal, cual acontece con la Disposición Adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó la adopción, ha motivado interesantes cambios en orden a la solución de los problemas de ella derivados, especialmente en determinadas relaciones cuales son, por ejemplo, las de aplicación del artículo 58.1 de la LAU.*

- Por otra parte, teniendo en cuenta que si bien la exégesis de los preceptos legales debe realizarse hoy con criterios inspirados no sólo en principios históricos, lógicos y sistemáticos, sino también socio-políticos, no es de olvidar en un Estado de Derecho otro esencial postulado que, por afectar, al menos en principio, a toda la Comunidad Social, debe imperar cuando de su interpretación y aplicación se refiere sobre los estrictamente particulares, el de la Seguridad Jurídica, consecuencia de lo cual y por lo que al caso aquí contemplado se refiere es: 1.º) Que las uniones matrimoniales y las more uxorio no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos y realidades equivalentes (vid. STS de 11 de diciembre de 1992); 2.º) Que como consecuencia de ellos, no serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras, a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía, a la que se refiere el motivo, por lo que se hace necesario contemplar dicha posibilidad.
- El juego de la analogía radica en la similitud (semejanza, según el art. 4.º del Código Civil) entre el supuesto que ante el órgano judicial —o intérprete— se presenta, carente de regulación legal, y aquél al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o identidad de razón, cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del derecho (vid. sentencia de 12 de diciembre de 1980).
- Pues bien, fijando la atención en el supuesto que la recurrente somete a la consideración de esta Sala, a los efectos de la aplicación analógica al mismo de los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil, es evidente que esa semejanza no puede admitirse, 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, tal acontece, por ejemplo, con la creación del estatus iuris casado/a que tampoco es de aplicación a las uniones more uxorio, lo mismo acontece con los requisitos que la disolución de las matrimoniales requieren y no juegan para las de puro hecho.
- Pero es que, además, en contra de dicha aplicación analógica ha de tenerse en cuenta que lo pregonado en el artículo 14 de la CE es que la aplicación de la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquellos, 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 estén presentes en la norma (STC núm. 142/88, de 12 de julio), igualdad que, como ha quedado suficientemente expuesto, no se da en el presente caso.

- *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, sin olvidar que acceder a lo solicitado, cual aquí se pretende, podría implicar o acaso incluso conducir a una auténtica creación judicial del derecho en materia de dichos regímenes económicos, lo cual no autoriza hoy el artículo 1 del Código Civil en general y su ordinal sexto en particular.*

Con lo transcrito anteriormente, parece que queda clara cuál es la posición jurisprudencial respecto a las uniones de hecho. Pero aún queremos consignar que, según la sentencia de 18 de febrero de 1993: *Conocida es la doctrina de esta Sala (sentencias, entre las más recientes, de 12 de octubre y 11 de diciembre de 1992) en el sentido de venir declarando la imposible aplicación a estas uniones more uxorio de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aun reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la responsabilidad y la susceptibilidad 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 normas reguladoras de esta última institución (STC de 15 de noviembre de 1990); y sigue diciendo: de ahí que la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir, en estos casos, a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que pateticen la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos, o los facta concludentia, deben inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho.*

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 expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al respeto del libre albedrío, al libre arbitrio o facultad del hombre para pronunciarse o gobernarse en uno u otro sentido, como ser libre que es y, como tal, titular de derechos subjetivos que le autorizan a hacer lo que le place, dentro del poder concreto que el ordenamiento jurídico y la Constitución le conceden, de

tal manera que someter su voluntad al establecer una situación de hecho a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica, puede constituir un ataque frontal a su libertad. En el caso que nos ocupa no hay, pues, laguna de Ley, sino respeto al libre albedrío, al derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio y de quien, también pudiendo a partir de una determinada fecha, no quiere la ruptura de un vínculo anterior. Si se aplicase la analogía habrían de imponerse a los litigantes los mismos derechos y deberes que a la institución matrimonial impone la Ley, en detrimento de la libertad de la pareja, uno de cuyos miembros se acuerda de aquella institución que no quiso asumir (al menos formalmente así parece) cuando la convivencia hace crisis.

3. STS de 4 de abril de 1997. Declara que no se pueden aplicar por analogía las normas de la sociedad de gananciales cuando la propia conducta de los interesados excluye tal aplicación.

Como síntesis jurisprudencial, la Sala recopila su precedente decisorio aplicable a las llamadas uniones de hecho, uniones libres o uniones para-matrimoniales o more uxorio; así se decía en sentencia de 21 octubre 1992: «...Sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer (como manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; art. 10 CE) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de unión matrimonial (art. 39 CE), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (STC 19/1990, de 19 noviembre, y Auto 156/1987 del mismo Tribunal) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los 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. Por ello, entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del Libro IV del Código Civil) 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 citado Título del Código Civil, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial (more uxorio), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias,

condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus facta concludentia (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho...»; (...) y en sentencia de 27 mayo 1994: «...el libre desarrollo de la personalidad lleva a algunas personas a uniones ajenas al matrimonio e incluso a crear vínculos paternofiliales y, por ende, familiares, dignos de protección. Sin embargo, expresamente se declara que tales uniones quedan fuera de la normativa del régimen económico matrimonial, con el que no tiene analogía; que las posibles consecuencias económicas de tal convivencia al tiempo de su ruptura pueden en algún caso asemejarse a las sociedades cuando se acredite la affectio societatis, que no puede inferirse sólo de la convivencia more uxorio, porque en éstas cabe también aceptar la plena independencia económica de quienes la practican...»

4. STS de 10 de marzo 1998. Se atribuye la vivienda común a la conviviente, pero no por analogía con el artículo 96 del Código Civil, sino por aplicación del principio general del Derecho consistente en la protección de la perjudicada por la situación de hecho. El Ponente, don Javier O'Callaghan, inicia un cambio de la doctrina jurisprudencial, pues el mencionado principio se ha invocado por primera vez en esta sentencia:

Sin embargo, los supuestos de hecho e incluso los procesales del recurso de casación no son iguales entre sí ni tampoco con el caso presente. En éste, se dio una convivencia more uxorio, la vivienda y la plaza de aparcamiento la adquirieron por mitad y proindiviso (la diferencia de las aportaciones económicas de uno y otro ha sido reclamada y concedida en el presente proceso), la recurrente, doña Esther L., contrae una grave enfermedad y sigue, por pacto entre los convivientes (como declara probado la sentencia de instancia), en el uso de la vivienda, muebles y plaza de aparcamiento, tras la ruptura de la convivencia.

Se trata de una situación que es de transcendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso 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. En las propias sentencias, antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia more uxorio; así, la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden, en ocasiones, ser causa legítima de alguna reclamación, y la de 16 diciembre 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante,

esta exclusión no significa, como ocurre en todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con los terceros a la pareja. Y **el principio general ha sido ya apuntado, y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la persona, art. 14, principio de igualdad, art. 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil (art. 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos [cuyo art. 16.1.b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente], de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado.**

En este sentido, se estiman los tres motivos del recurso. La sentencia de instancia ha inaplicado incorrectamente el artículo 96 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial, pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de ésta y de las demás normas citadas, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado, en este caso protección referida a la atribución del uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de aparcamiento asignada a la vivienda.

5. STS de 4 de junio de 1998. Reitera que las uniones de hecho no son equiparables a las uniones matrimoniales; hay que estudiar la solución en cada caso, pudiendo darse entre los convivientes un tipo de asociación o sociedad, regulada por ellos mismos:

*Las uniones libres, aun careciendo de precisa normativa, no por ello son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, y nuestra realidad legislativa ha afrontado el problema sólo fragmentariamente, sin pronunciarse por una prohibición total, y basta para acreditarlo así la remisión a las disposiciones legales que figuran relacionadas en el segundo fundamento jurídico de la sentencia recaída en segunda instancia. Sobre dicha cuestión, la jurisprudencia de la Sala se ha manifestado en el sentido de que **en materia de uniones more uxorio no es posible aplicar las normas reguladoras del régimen legal de gananciales, pues aún reconociendo la libertad para crear aquellas uniones libres, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras** (sentencias de fechas 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992 y 27 de mayo y 24 de noviembre de 1994). Sin embargo, la aludida falta de equiparación de las uniones de hecho a la dimanada del matrimonio no puede entenderse en términos de absoluta incompatibilidad, pues descendiendo al campo constitucional, aunque la Constitución no las prevé, tampoco las rechaza explícitamente y así se*

desprende del artículo 32 en relación con el 39, que se proyecta a la protección de la familia *de formagenérica*, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho, y, por otro lado, una de las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 7 de marzo de 1988, está orientada para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas o que se regulen las relaciones patrimoniales entre las mismas, ya sea por el período ulterior a su casación, no puedan tenerse como nulos, por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones, y las precedentes consideraciones responden a la argumentación recogida en la sentencia de 18 de mayo de 1992, así pues, en un terreno tan delicado y complejo como el que se trata, las soluciones, en la medida de lo posible, deben adoptarse caso por caso.

En el caso concreto de autos, no cabe olvidar que la unión *more uxorio* que formaron los litigantes se caracterizó, como bien se dijo en la sentencia de instancia, por una vida sentimental estable y duradera, en la que aquellos se comportaron como si se tratara de un verdadero matrimonio, llegándose a crear vínculos paternofiliales y, por ende, familiares, dignos de protección, ni olvidar, tampoco, que la prueba practicada evidenció que «era intención de la pareja hacer comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos» (fundamento jurídico quinto de la sentencia de instancia), particular el expresado que se reconoce en los motivos segundo y tercero del recurso del señor V., al decirse que «es evidente que entre las partes ha existido un tipo de asociación o sociedad, regulada, en parte, por ellos mismos en forma expresa, como la ordenación de su patrimonio, y, en parte, verbalmente, como el régimen de contribución al levantamiento de cargas de su unión» y que «ambas partes acordaron someter el patrimonio adquirido por ambos con sus frutos y rentas al régimen de la sociedad de gananciales, régimen que es perfectamente aplicable para regular la comunidad constituida», siendo todo ello, sin duda, lo que determinó al Tribunal a quo, en línea coincidente con el criterio del Juez de instancia, a conceder a la señora J. la percepción de una indemnización mensual por el factor desestabilizador que la supuso la cesación de la convivencia.

CONCLUSION

Las uniones de hecho constituyen un fenómeno cada vez más frecuente por la concurrencia de diversos motivos que se dan en la sociedad actual y que poco o nada tienen que ver con los precedentes originarios de esta figura en la época romana o en los propios de nuestra historia. Lo cierto es que, por su generalidad y extensión, pueden suponer un serio problema que alcance a dañar la familia tradicional, y sobre todo, al concepto religioso del matrimonio.

Sin embargo, aun considerando en todo el valor que tienen esos principios morales, la propia Iglesia ha tenido que admitir que hay poderosas razones sociológicas que inducen a contemplar el fenómeno con una mayor permisividad, estudiando las circunstancias caso por caso. Varias legislaciones admiten claramente estas uniones, dotándolas de una regulación suficiente con el fin de evitar los problemas que podrían surgir si se tratase de ignorarlas.

En España, siguiendo la tónica general de los países de nuestro entorno, no existe una regulación de las uniones de hecho, y sólo hay algunas normas aisladas sobre temas puntuales, amén de las tres leyes autonómicas, de dudosa constitucionalidad, y que podrían tornarse extravagantes si las Cortes llegaran a promulgar una norma de ámbito estatal.

El Parlamento Europeo ha acordado recientemente una Resolución (11350/1999) que en su punto 55 pide a los Estados miembros que garanticen a las familias monoparentales, a las parejas no casadas y a las parejas del mismo sexo, la misma igualdad de derechos de las parejas y familias tradicionales, en particular, en materia de legislación fiscal, régimen patrimonial y derechos sociales.

La doctrina no es muy proclive a lo que se propone por el Parlamento Europeo, salvo alguna opinión aislada. Esta opinión única es la expuesta por los autores VÍCTOR REINA y JOSÉ MARÍA MARTORELL, en su libro *Las uniones matrimoniales de hecho* (Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996), dicen que si existen soluciones específicamente matrimoniales para el problema de los hijos, de la casa o de la vivienda común, del enriquecimiento injusto, y de la empresa o patrimonio común familiar, *no hay razón alguna para no aplicar analógicamente esas mismas soluciones a las uniones de hecho*.

Por el contrario, las opiniones adversas son múltiples; hemos recogido, entre otras, las siguientes:

El catedrático de Derecho Civil, don GABRIEL GARCÍA CANTERO, en la Revista *Iglesia en Zaragoza*, núm. 982, de 29 de noviembre de 1998, publica un artículo titulado *Parejas de hecho*, donde se refiere al proyecto que por entonces se preparaba de la Ley autonómica aragonesa, y dice lo siguiente: *Lo menos que puede decirse del proyecto aragonés es que, de aprobarse en sus términos, logrará la cuadratura del círculo, ya que hará que un no matrimonio, sin quererlo los interesados, se equipare al matrimonio; pero en tal caso, se invadirán las facultades estatales sobre las formas de matrimonio (art. 149.1.8 CE), incurriendo en inconstitucionalidad; la Ley catalana no ha caído en esta trampa y ha expulsado a tales parejas de hecho del Código de Familia, abandonándolo al limbo de los conceptos jurídicos. Por otra parte, termina diciendo rotundamente, la mejor ley de parejas es la que no se ha promulgado todavía, ya que ha de reconocerse que los interesados sabrán resolver mejor sus problemas que el propio legislador, el cual, aun-*

que esté bien *intencionado*, resulta escasamente conocedor de la realidad social.

El también catedrático don RAFAEL NAVARRO VALLS, en un artículo publicado en el diario *El Mundo*, de Madrid, bajo el título *El matrimonio imposible*, decía que la Resolución del Parlamento Europeo, instando a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, es una propuesta que choca con las legislaciones nacionales. Sigue diciendo que *la regulación legal de la unión de hecho (homo o heterosexual) es no sólo peligrosa para el matrimonio, sino también para las propias uniones de hecho. Para estas segundas, porque sobre todas las uniones entre homosexuales, amenazarán a partir de ese momento la sombra de la analogía, con la unión de hecho «inscrita». Es decir, esa regulación eliminará precisamente la posibilidad de una relación sin lazos jurídicos, haciendo gravitar sobre el amor libre la sombra amenazante de convertirlo en mini-matrimonio forzado. La paradoja será notable: los homosexuales que deseen una verdadera unión libre, sin consecuencias de Derecho, deberán tomar la cautela de especificarlo por escrito. De otro modo, podrá sucederles lo que a la tenista Billie Jean King, que tuvo que hacer frente a una demanda de su secretaria y amante, que le exigió una fuerte cantidad económica y su casa de Malibú cuando rompieron su relación.*

También se expresa en el mismo sentido el cardenal arzobispo de Génova, DIONIGI TETTAMANZI, según aparece en su artículo *Familia y uniones de hecho*, inserto en *L'Osservatore Romano*, núm. 39, de 24 de septiembre de 1999, reproducido en la revista *Verbo*, núm. 377-378 del mismo año. Nos dice que *frente al fenómeno de las uniones de hecho, no se puede por menos de tener en cuenta el aspecto subjetivo: se trata de determinadas personas, de su visión de la vida, de sus intenciones y, en síntesis, de su «historia». En este sentido, podemos y debemos reconocer y respetar la libertad individual de elección de esas personas. Pero, dice, una atención exclusiva al sujeto y a sus intenciones y opciones, sin una referencia adecuada a la dimensión social y, por consiguiente, al dato objetivo, es fruto de un individualismo arbitrario inaceptable y contraproducente para la dignidad de la persona y el orden de la sociedad. Se trata de un problema no confesional, sino laico; es inaceptable la tendencia de oponer a los católicos y a los laicos; este es un problema general y muy serio. Con las uniones de hecho sucede lo mismo que con cualquier otro problema humano: hay que intervenir con la recta razón. Esta recta razón debe defenderse de algunas tendencias culturales radicales que tienen como objetivo, más o menos evidente, la destrucción de la institución familiar. Cita el discurso del Santo Padre al Foro de las Asociaciones Familiares Católicas de Italia del ataque que supone a la institución familiar la tendencia a equiparar la familia con otras formas muy diferentes de convivencia, prescindiendo de fundamentales consideraciones de orden ético y antropológico (L'Osservatore Romano, 27 de julio de 1998). Por ello, el*

cardenal arzobispo, al que nos venimos refiriendo, sigue diciendo que *es legítima y necesaria la intervención de la sociedad y de la ley civil en el ámbito de la familia y de las uniones de hecho: la razón reside en la esencial dimensión social del matrimonio, que se expresa en la relación recíproca entre la institución matrimonial y la sociedad.*

Por el contrario, las uniones de hecho que, por definición, rechazan cualquier forma de reglamentación social, ponen en peligro la certeza del derecho y también el cumplimiento de las obligaciones, que sólo queda sometido a la total arbitrariedad de los convivientes. La parte final del artículo se refiere concretamente a la visión del problema en Italia, pero la doctrina es perfectamente aplicable a todos los demás países. Dice que para apoyar una ley civil que reconozca las uniones de hecho se invoca la distinción entre ley moral y ley civil, pero esta distinción, ni es sinónimo de separación, ni mucho menos de contradicción; ya enseñó claramente santo Tomás de Aquino que la ley positiva humana sólo tiene fuerza de ley en cuanto deriva de la ley natural. Y si hay desacuerdo con esta última, ya no hay ley, sino corrupción de la ley. Reconoce el mismo autor que la comprensión y, a veces, la compasión por ciertas situaciones difíciles y dolorosas de las personas que viven en una unión de hecho es legítima y aun obligatoria. Pero comprensión no equivale a justificación; más bien, debe ponerse en relieve que la verdad constituye un bien esencial de la persona y de su auténtica libertad, de modo que la afirmación de la verdad no es una ofensa a las personas, sino una ayuda real.

También el autor don AURELIO FERNÁNDEZ (en el folleto *Parejas de hecho*, que antes hemos citado), página 64, ya nos recuerda lo ocurrido en Francia a este respecto, cuando ya en 1991 se proyectó un plan de reconocimiento jurídico de parejas que desembocó en un *Pacto de Interés Común (PIC)*, que el Ministerio de Justicia hizo público en abril de 1998. En este documento se contemplaba todo tipo de sociedades: amigos, hermanos, parejas de casados, homosexuales, etc., con lo que se pretendía evitar la equiparación de las parejas de hecho al matrimonio. Pero este proyecto ha sido rechazado, por lo que se ha propuesto un *Contrato de Unión Social (CUS)*, que quiere conceder a las parejas de homosexuales casi todos los derechos del matrimonio; este proyecto ha sido contestado por 12.000 alcaldes, que se niegan a firmar dichas uniones. Posteriormente, en octubre de 1998, se presentó el nuevo *Pacto Civil de Solidaridad (PACS)*, que trata de igualar a las parejas de hecho con el matrimonio. Nos dice el mismo autor que algunos socialistas *se avergonzaron* de este proyecto y, según los informes de agencia, *los diputados hicieron novillos* el día de la votación. Por su parte, 18.000 alcaldes, a quienes se adhirieron todos los obispos franceses y otras fuerzas civiles y religiosas, defienden el matrimonio monogámico y heterosexual que legisla la Constitución francesa.

Finalmente, la Asamblea General francesa aprobó el PACS por escasa mayoría, originando numerosas protestas de organizaciones sociales, religiosas y grupos políticos para protestar. Por ello, cada día se siente más la necesidad de defender el matrimonio estable y la familia que con él se origina.

Por tanto, nos parece que la igualdad que se postula en la Resolución del Parlamento Europeo no pasa de ser algo atrevida y poco aceptable. Bien está que se reconozca la realidad de un hecho social que se presenta y requiere una solución jurídica a sus problemas. Pero la igualdad es una quimera por varias razones: es admisible, como dice el Notario SIMÓ SANTONJA (125), que se reflexione sobre la oportunidad de regular jurídicamente a las parejas no casadas, pero debe tenerse presente la marginalidad del problema, la imposibilidad de llegar a una reglamentación aplicable a quienes no la quieren, y, sobre todo, que sería ilógico y socialmente inaceptable que la pareja no casada estuviera sólo a las ventajas y no tuviera que soportar las cargas y obligaciones del matrimonio.

Según se anuncia en el periódico de la Archidiócesis de Madrid, *Alfa y Omega* (núm. 207, 6 de abril de 2000), la Conferencia Episcopal Española está preparando un documento en el que se opone a la antes citada Resolución del Parlamento Europeo. Ya la Conferencia Episcopal de Portugal ha declarado que lo que el legislador no puede, ni debe, es tratar a esas situaciones como iguales a las de familia, y mucho menos extrapolar a ellas la designación de *familia*, designación que tiene un contenido histórico y ético que no debe ser desmerecido (126). Y el Papa Juan Pablo II, en su discurso a los participantes en la XIV Asamblea Plenaria del Pontificio Colegio de la Familia, ha expresado claramente el sentir de la Iglesia. No se debe conceder a estas uniones o parejas un estatuto jurídico dentro del matrimonio, puesto que en ese caso se querría decir que jurídicamente son realidades idénticas, cuando no es así, por la precariedad y ausencia de un compromiso irreversible y por su voluntad de situarse al margen de toda forma de vínculo definitivo. Estas uniones no son una alternativa al matrimonio, sino su negación; en ellas se registra una carencia de empeño recíproco, un paradójico deseo de mantener intacta la autonomía de la propia voluntad en el interior de una relación que debería ser recíproca; falta la apertura confiada a un futuro vivir juntos, que corresponde al menos activar y fundar; falta el Derecho en sentido propio, no en su dimensión extrínseca de mero **conjunto** de normas, sino en su más auténtica dimensión antropológica de garantía de la coexistencia humana y de su dignidad. Las uniones de hecho entre homosexuales, además, cons-

(125) Obra citada, pág. 53.

(126) Cita de FEDERICO R. AZNAR GIL en su trabajo «Uniones de pareja y Magisterio de la Iglesia católica», publicado en la *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 56, 1999, pág. 121. De ahí también tomamos la cita del papa Juan Pablo II.

tituyen una deplorable distorsión de lo que debería ser la comunión de amor y de vida entre un hombre y una mujer.

El Profesor GONZÁLEZ PORRAS, en sus notas al libro de BERNARD DEMAİN, ya citado (127), admite como lógica la atención que debe prestarse a las uniones de hecho, porque las situaciones de prolongada convivencia crean una serie de intereses dignos de tutela. Pero, dice, al mismo tiempo es justo rechazar la falsa aspiración ajurídica y laicista, notablemente inspirada en los falsos valores de la libertad individual, que nos quiere hacer creer que la unión libre de un hombre y una mujer, con todas sus consecuencias personales y patrimoniales, se puede igualar al matrimonio legal, y todos sus problemas pueden encontrar solución al margen de la Ley.

Más rotundo es el francés JEAN CARBONNIER al comentar en el prólogo del mismo libro el pensamiento de su autor, BERNARD DEMAİN. Dice que rechaza sin concesiones la tentadora analogía que algunos quieren utilizar entre el matrimonio y el concubinato; con una constante diligencia, expulsa de la sociedad de hecho todo lo que podría hacerla caer del lado de la comunidad conyugal y niega en las relaciones entre amante y querida todo lo que podría evocar un régimen pseudomrimonial. Nada de moralismo estrecho, dice, no es rigorismo moral, sino el debido rigorismo intelectual al distinguir conceptos jurídicos. La prohibición empieza cuando se intenta deslizarse desde una simple comunidad de hecho a la comunidad de vida, dando formas de sociedad a las ideas de cohabitación y relaciones que en nuestro Derecho son inherentes al estado matrimonial.

Vemos que no sólo por argumentos religiosos, sino también por estrictamente jurídicos, no cabe equiparar la unión de hecho con el matrimonio, como quiere preconizar el Parlamento Europeo. Legislar, sí, pero equiparar, no. De este modo, como dice el Profesor CASTÁN VÁZQUEZ (128), rechazamos la aspiración laicista de igualar ambas figuras, pero no ignoramos estas situaciones *que muchas veces han sido queridas, pero otras veces son simplemente sufridas*.

BIBLIOGRAFIA

- ABC, Diario de Madrid: *Inscritos en el Registro de Parejas en Torrejón de Ardoz*. Número del día 4 de marzo de 2000.
- ALFONSO X «EL SABIO»: *Las Siete Partidas*. Edición de la Real Academia de la Historia. Imprenta Real. Madrid, 1807.
- ARANZADI: *Diccionario de Jurisprudencia*, años 1992 a 1998.

(127) Obra citada, pág. 132.

(128) En el prólogo de la edición española del citado libro de BERNARD DEMAİN, pág. 7.

- AZNAR GIL, FEDERICO R.: «Uniones estables de pareja y Magisterio de la Iglesia católica», publicado en la *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 56 de 1999, pág. 71 y sigs.
- BAÑARES, JUAN IGNACIO: «Derecho, antropología y libertad en las uniones de hecho», en el libro *Hominum causa omne ius constitutum est. Estudios de Derecho matrimonial en homenaje al Padre Díaz Moreno*. Universidad de Comillas, Madrid, 1999, pág. 1417 y sigs.
- BAYOD LÓPEZ, M.^a DEL CARMEN: «Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 626, enero-febrero de 1995, pág. 129 y sigs.
- BOSCH CAPDEVILA, ESTEBAN: «La unión de hecho», en el *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 81, noviembre-diciembre de 1998, pág. 319 y sigs.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, SANTIAGO: *El concubinato en la experiencia jurídica romana*, en el libro de *Estudios de Derecho matrimonial en homenaje al Padre Díaz Moreno*. Universidad de Comillas, Madrid, 1999, pág. 1459 y sigs.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Edición de 1984.
- CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M.^a: *Observaciones sobre la situación jurídica de las parejas no casadas*. Comunicación en el Pleno de Académicos de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Publicada en los Anales de dicha Academia, 1994, pág. 135 y sigs.
- *Prólogo al Libro de Estudios de Derecho matrimonial en homenaje al Padre Díaz Moreno*. Universidad de Comillas, Madrid, 1999.
- CASTRO BRAVO, FEDERICO DE: *Derecho Civil de España*. Madrid, 1946.
- CASTRO LUCINI, FRANCISCO: «Comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo sobre Derecho de familia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de 1995, pág. 2263 y sigs.
- CERDÁ GIMENO, JOSÉ: «Reflexiones jurídicas sobre el concubinato», en el libro *Estudios sobre el Derecho de Familia*, editado por el Colegio de Registradores, Madrid, 1993, pág. 523.
- *La situación actual de las parejas no casadas ante el Derecho*, en el mismo libro, pág. 549.
- *Una aproximación realista para una visión de conjunto de las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª), relativas a aspectos de la situación de parejas no casadas*, en el mismo libro, pág. 609.
- COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA: *Boletín de Información*, núm. 40, julio de 1998, y núm. 48, abril de 1999.
- DEMAIN, BERNARD: *La liquidación de bienes en las uniones de hecho*. Traducción española del Profesor José Manuel González Porras. Prólogo del Profesor Castán Vázquez. Editorial Reus, Madrid, 1992.
- DÍAZ MORENO, JOSÉ MARÍA: «La familia de hecho. Aproximación a su vertiente jurídica y ética», en la *Revista Razón y Fe*, julio-agosto de 1997, pág. 33 y sigs.
- DÍEZ PICAZO, LUIS: *Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, 1972.
- ESTRADA ALONSO, EDUARDO: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*. Editorial Civitas, Madrid, 1971.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA ESPAÑOLA: VOZ *Barraganía*. Editorial Seix, Barcelona, 1910.

- FERNÁNDEZ, AURELIO: *Parejas de hecho*. Folleto de Ediciones Palabra, Madrid, 1999.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*. Tesis Doctoral, editada por el Colegio de Registradores, Madrid, 1995.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL: «Parejas de hecho», publicado en la revista *Iglesia en Zaragoza*, núm. 982, noviembre de 1998, pág. 3.
- GARCÍA MAS, FRANCISCO JAVIER: «Las uniones de hecho: su problemática jurídica», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, septiembre-octubre de 1998, pág. 1509 y sigs.
- GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: *Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada*, en el Libro-homenaje al Profesor Beltrán de Heredia. Universidad de Salamanca, 1984, pág. 210.
- GONZÁLEZ PORRAS, JOSÉ MANUEL: «Notas» al libro *La liquidación de los bienes en las uniones de hecho*, de Bernard Demain. Editorial Reus, Madrid, 1992.
- HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO, y DÍAZ AMBRONA, MARÍA DOLORES: *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid, 1999.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, CARMEN: *Problemática jurídica en torno a las uniones de hecho*. Asociación de Profesores Jubilados de Escuelas Universitarias. Madrid, 1995.
- «Una aproximación a la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja en Cataluña», en *Actualidad Civil*, núm. 22, 1999, pág. 583 y sigs.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho Civil - Derecho de Familia*. Zaragoza, 1982.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: *La diversidad de legislaciones civiles en España*. Editorial Tirant, Monografías, Valencia, 1998.
- LASARTE ALVAREZ, CARLOS: *Principios de Derecho Civil - Derecho de Familia*. Madrid, 1997.
- LÓPEZ AZPITARTE: «Cristianismo y familias no matrimoniales», en el libro *Política de Familia*, Universidad de Comillas, Madrid, 1999, pág. 147.
- LÓPEZ BURNIOL, JUAN JOSÉ: «La Ley catalana de uniones estables de pareja», en la *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1999, pág. 9 y sigs.
- LLAQUET DE ENTRAMBAS AGUAS, JOSÉ LUIS: «Consideraciones en torno a la Ley de uniones estables de pareja de Cataluña», en la *Revista Española de Derecho Canónico*, núm. 56, 1999, pág. 261 y sigs.
- LLEBARIA SAMPER: *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997.
- MARTÍN CASALS, MIGUEL: *Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho*. Anuario de Derecho Civil, 1995, tomo IV, pág. 1710 y sigs.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS: «Las uniones de hecho: Derecho aplicable», en *Actualidad Civil*, núm. 36, 1999, pág. 1095 y sigs.
- MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, EDUARDO: «Matrimonios asexuados. Parejas de hecho y el contrato de unión civil», en la Revista *Lunes 4'30* de los Registradores de Valencia, núm. 243, pág. 24 y sigs.
- «Uniones estables de pareja en Cataluña», en la misma revista, núm. 260, pág. 27, y núm. 261, pág. 55 y sigs.
- MERINO HERNÁNDEZ, JOSÉ LUIS: *Manual de parejas estables no casadas*. Librería General. Zaragoza, 1999.
- MOISSET DE ESPANÉS, LUIS: *El cazador, casado*. Editorial Miguel Angel, Córdoba, Argentina, 1991.

- MONTESINOS SÁNCHEZ, NIEVES: *Demandas sociales y respuestas jurídicas a propósito de las uniones de hecho*. Estudios de Derecho matrimonial en homenaje al padre Díaz Moreno. Universidad de Comillas, Madrid, 1999, pág. 1433.
- MORENO VERDEJO, JAIME: «Algunas reflexiones sobre registros municipales de uniones civiles no matrimoniales» en la *Revista General del Derecho*, 1994, pág. 12543 y sigs.
- NAVARRO VALLS, RAFAEL: «El matrimonio imposible», publicado en el diario *El Mundo*, de Madrid, el 7 de marzo de 1994, págs. 76 y 77.
- O'CALLAGHAN, JAVIER: «Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho», en *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO: *El concubinato*. Ediciones del Foro, Montevideo, 1995.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Derecho de Familia*. Madrid, 1986.
- REINA, VÍCTOR, y MARTINELL, JOSÉ M.^a: *Las uniones matrimoniales de hecho*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996.
- ROCA TRÍAS, ENCARNA: «El nou Dret català sobre la familia», en la *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1999, pág. 9 y sigs.
- SIMÓ SANTONJA, VICENTE: *Vida jurídica de las parejas no casadas*. Discurso de ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación. Cuaderno núm. 62 de la Academia, 1986.
- TETTAMANZI, DIONIGI: «Familia y uniones de hecho», en *L'Osservatore Romano* de 24 de septiembre de 1999, reproducido en la revista *Verbo*, núm. 377-378, de 1999, págs. 615 a 627.
- TORRERO MUÑOZ, MAGDA: «La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ante las uniones de hecho», en la *Revista General del Derecho*, 1998, pág. 10625 y sigs.

M.^a DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

Ciclo de Doctorado, 2.º curso. Investigación.

Universidad San Pablo CEU. Madrid.

Curso 1999-2000