

EFFECTOS ECONÓMICOS EN LAS UNIONES DE HECHO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

José Ramón de Verda y Beamonte¹

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES: UNIONES DE HECHO Y CONSTITUCIÓN

Las uniones de hecho constituyen una realidad social que, a pesar de haber sido progresivamente contemplada por diversas leyes autonómicas², sigue careciendo de una regulación orgánica en la legislación estatal³.

Sin embargo, esta circunstancia no impide que la jurisprudencia extraiga importantes consecuencias económicas en los casos de cese de las uniones de hecho, por ejemplo, imponiendo a uno de los convivientes el pago de indem-

¹ Profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Valencia.

² A saber: la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de “uniones estables de pareja”; la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de “parejas estables no casadas”; la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”, la Ley valenciana, de 6 de abril de 2001; “por la que se regulan las uniones de hecho”; la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables”, la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001 sobre “uniones de hecho”; la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de “parejas estables”; la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de “parejas de hecho”; la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”; la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de “parejas de hecho” y la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho”.

³ En la pasada legislatura existieron varias proposiciones de ley, que no llegaron a prosperar, entre las que hay que destacar la proposición de ley orgánica de “Contrato de unión civil”, del Grupo Parlamentario Popular (*BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, Propositiones de Ley, N° 117-1*) y la proposición de ley de “Reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho estables”, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (*BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, Propositiones de Ley, N° 90-1*).

En la presente legislatura ha habido cuatro proposiciones de ley, recientemente rechazadas por el Congreso de los Diputados: “Medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho”, del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida (*BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, N° 37-1*); “Uniones estables de pareja”, del Grupo Parlamentario de Convergencia y Unión (*BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, N° 40-1*); “Igualdad jurídica para las parejas de hecho”, del Grupo Parlamentario Mixto (*BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, N° 58-1*) y “Por la que se reconocen determinados efectos jurídicos a las parejas de hecho”, del Grupo Parlamentario Socialista (*BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, N° 27-1*).

nizaciones, a veces cuantiosas, por ruptura de la vida en común o entendiendo que durante el tiempo en que duró la convivencia *more uxorio* existió una comunidad de bienes sobre la vivienda o una sociedad irregular de ganancias tácitamente constituida; que, a su disolución, debe ser liquidada, lo cual, indudablemente, puede afectar a la viabilidad de la empresa familiar, del mismo modo en que puede acontecer al liquidarse el régimen económico de un matrimonio, en el caso de separación o divorcio.

Se entiende, pues, la utilidad de estudiar los criterios jurisprudenciales, no siempre claros, en torno a la liquidación de las uniones de hecho.

A mi parecer, el estudio de los referidos criterios jurisprudenciales debe ir precedido de unas consideraciones previas acerca del significado general de las uniones de hecho desde una perspectiva constitucional. Creo que sólo, así, se podrá valorar las soluciones a las que llega la jurisprudencia en esta materia.

1. La noción de familia en la Constitución

El art. 39 C.E., en su párrafo primero, establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

Es, pues, de destacar que el art. 39 de nuestra Carta Magna habla de “familia”, y no de “familia legítima” (o “matrimonial”), lo que parece constituir un argumento de peso en favor de la tesis de que la protección que el precepto otorga a la familia no debe identificarse, necesariamente, con la que tiene origen en el matrimonio, el cual se regula en un precepto específico (art. 32 C.E.), y en capítulo diverso.

En la jurisprudencia constitucional es indudable la inclusión de la familia de hecho en el ámbito de protección del art. 39 C.E. Es, así, tajante la reciente STC 116/119⁴, cuando afirma que “el concepto constitucional de familia [no] se reduce a la matrimonial”.

En tal sentido se ha orientado nuestro más alto tribunal desde época temprana.

Ya la STC 222/1992⁵ afirma que

“Nuestra Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter ‘social’ de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por

⁴ STC 116/1999, de 17 de junio (BOE, 8 de julio de 1999).

⁵ STC, 222/1992, de 11 de diciembre (BOE 19 de enero de 1993).

consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”.

Según la STC, 47/1993⁶, “la Constitución no sólo protege la familia que se constituye mediante el matrimonio –aunque a ésta se la proteja especialmente (STC, 45/1989)– sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja”.

La STC, 184/1990⁷ se refiere a la convivencia *more uxorio* como la constituida por el “hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio”.

Y la STC, 6/1993⁸ insiste en la idea de la “estabilidad” como nota caracterizadora de las uniones convivenciales no matrimoniales.

Por lo tanto, según el Tribunal Constitucional, dentro de la noción de familia contemplada en el art. 39.1 C.E. hay que situar las uniones no matrimoniales que tienen su origen en una decisión libre de los convivientes (que realizan una determinada opción vital en el ejercicio de la libertad nupcial negativa) y en las que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad; con lo que parece que debieran excluirse (a reserva de otros pronunciamientos más explícitos) aquellas uniones de hecho constituidas por más de dos individuos.

151

2. Los diversos grados de protección de la familia matrimonial y extramatrimonial

La tesis de que la familia de hecho está incluida en el genérico mandato de protección que el art. 39 C.E. formula a los poderes públicos, no prejuzga la cuestión del “grado” de dicha protección.

Creo pertinente distinguir diversos grados de protección constitucional en el ámbito familiar.

- a) La Constitución garantiza la protección integral de los hijos y de las madres, sin que quepa discriminar a aquéllos o a éstas, por razón de su filiación o su estado civil, respectivamente.
- b) La Constitución no garantiza, en cambio, una protección uniforme para todo tipo de uniones convivenciales entre personas situadas en posición de paridad (es decir, cónyuges o convivientes *more uxorio*).

A este respecto hay que recordar la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según la cual la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema

⁶ STC, 47/1993, de 8 de febrero (BOE 11 de marzo de 1993).

⁷ STC, 184/1990, de 15 de noviembre (BOE 3 de diciembre de 1990).

⁸ STC, 6/1993, de 18 de enero (BOE 12 de febrero de 1993).

de seguridad social (cfr. art. 174.1 del T.R. de 20 de junio de 1994), no pugna con el art. 14 C.E.

El ATC 156/1987⁹ sostiene, con toda claridad, que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador dentro de su amplísima libertad de decisión deduzca razonablemente consecuencias diversas de la diferente situación de partida”; pues del art. 14 C.E. no se desprende “la parificación de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes, de los derechos y deberes de las parejas que hubieren o no contraído matrimonio”¹⁰.

La STC, 184/1990¹¹ insiste en

“que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 sea acreedora al mismo tratamiento [...] que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza”.

La STC, 66/1994¹² afirma que

“no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 C.E., ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras uniones convivenciales, ni aquéllas otras medidas que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.), siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir ‘more uxorio’”.

A la vista de la jurisprudencia expuesta ha de concluirse que las personas que, en el ejercicio de su libertad, deciden no contraer matrimonio no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias jurídicas que

⁹ ATC, 156/1987, de 11 de febrero (*JC*, 1987, tomo XVII, pp. 876-879).

¹⁰ Este auto tiene una importancia práctica extraordinaria, ya que con él se inicia una doctrina jurisprudencial que será acogida en múltiples fallos. Cfr., STC, 29/1991, de 11 de febrero (*BOE*, 15 de marzo de 1991, rectificada en el *BOE*, N° 115, 14 de mayo de 1991, suplemento); STC, 30/1991, de 14 de febrero (*BOE*, 18 de marzo de 1991, rectificada en el *BOE*, N° 115, 14 de mayo de 1991, suplemento); STC, 35/1991, de 14 de febrero (*BOE*, 18 de marzo de 1991, rectificada en el *BOE*, N° 115, 14 de mayo de 1991, suplemento); STC, 38/1991, de 14 de febrero (*BOE*, 18 de marzo de 1991, rectificada en el *BOE*, N° 115, 14 de mayo de 1991, suplemento); STC, 77/1991, de 11 de abril (*BOE*, 14 de mayo de 1991, rectificado en *BOE*, N° 115, 13 de mayo de 1992, suplemento); STC, 29/1992, de 29 de marzo (*BOE*, 10 de abril de 1992).

¹¹ STC, 184/1990, de 15 de noviembre (*BOE*, 3 de diciembre de 1990).

¹² STC 66/1994, de 28 de febrero (*BOE*, 24 de mayo de 1994).

la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio; pues, en tal supuesto, existe una razón objetiva que justifica el trato desigual¹³.

Por lo tanto, la parificación de trato jurídico que, en algunos aspectos, establece ciertas normas autonómicas es una pura opción del legislador que, si bien puede encontrar cobertura en el art 10.1. C.E. (principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad), no constituye una exigencia constitucional desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental a la no discriminación, por lo que no me parece pertinente justificarla en el art. 14 C.E.¹⁴.

¹³ Hay que reconocer, no obstante, que la rotunda claridad de la doctrina jurisprudencial expuesta a propósito de las pensiones de viudedad se difumina en materia de arrendamientos urbanos, donde el ejercicio del derecho constitucional al matrimonio no se considera, *per se*, razón suficiente para justificar la no aplicación de los beneficios previstos para el cónyuge del arrendatario a la persona que, sin estar casada, convive con él.

La STC 47/1993, de 8 de febrero (*BOE*, 11 de marzo de 1993) estimó que “en correspondencia con el pluralismo de opciones personales existentes en la sociedad española y la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.), la Constitución no sólo protege la familia que se constituye mediante el matrimonio –aunque a ésta se la proteja especialmente (STC 45/1989)– sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja”. Y, sobre la base de que el mandato de protección a la familia del art. 39.1 C.E. constituía “el fundamento constitucional sobrevenido del derecho de subrogación ‘mortis causa’ del art. 58.1 L.A.U.” (del anterior texto refundido de 1964), declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto, en cuanto excluía “del beneficio de la subrogación ‘mortis causa’ a quien hubiera convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido”. Por consiguiente, el Constitucional consideró que la diferenciación, derivada del tenor literal del antiguo art. 58.1º L.A.U., entre las uniones matrimoniales y “las constituidas por quienes conviven ‘more uxorio’”, no poseía una justificación objetiva y razonable, contradiciendo, además, el art. 14 C.E., en relación con los mandatos y principios de los arts. 39.1 y 47 C.E.

En realidad, dicha sentencia no hacía, sino reiterar la doctrina jurisprudencial contenida en la STC 222/1992, de 11 de diciembre (*BOE*, 19 de enero de 1993), que ya había declarado la inconstitucionalidad del art. 58.1 de la anterior L.A.U., habiendo precisado que la situación protegida por el referido precepto, mediante la subrogación, no era la unión matrimonial, “*per se*”, sino la convivencia (“haber vivido en determinado espacio físico con el titular del arrendamiento”), y, de ahí, que posibilitara “una continuidad en la ocupación de la vivienda arrendada en la que se ha desarrollado, precisamente en ella, dicha convivencia”. El mismo razonamiento se halla presente en la STC 6/1993, de 18 de enero (*BOE*, 12 de febrero de 1993). Y, en la actualidad, ha encontrado expresa sanción legal en el art. 16.2 de la vigente L.A.U. de 24 de noviembre de 1994.

Cabe preguntarse ¿por qué el Tribunal Constitucional no adopta la misma línea jurisprudencial, de práctica equiparación matrimonio-convivencia *more uxorio*, en materia de pensiones? En mi opinión, quizá haya que pensar que el problema es puramente económico, por el elevadísimo costo que para el Estado supondría una decisión del género, mientras que en materia de arrendamientos es el arrendador quien debe soportar el perjuicio económico resultante de la subrogación en favor del conviviente *more uxorio*.

¹⁴ Es de destacar que en el Preámbulo de Ley catalana, de 15 de julio de 1998, no existe ninguna alusión al art. 14 C.E. en orden a justificar la regulación de las “uniones estables de

Una vez expuesto el correcto encuadre constitucional de las uniones de hecho, procede exponer y valorar las orientaciones fundamentales seguidas por la jurisprudencia en la liquidación de los efectos económicos derivados de la ruptura de la convivencia *more uxorio*.

II. LA INAPLICACIÓN A LAS UNIONES DE HECHO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LA LIQUIDACIÓN DE LOS RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

La jurisprudencia es constante al afirmar que, dado que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes (no hay identidad de razón entre ellos), es improcedente aplicar analógicamente a estas últimas las normas de la sociedad de gananciales, en particular, el art. 1.344 C.c., conforme al cual los cónyuges hacen comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse la sociedad¹⁵.

Por la misma razón, tampoco procede aplicar analógicamente a las uniones de hecho las normas del régimen de separación de bienes, en concreto, el art. 1.438 C.c., que atribuye al cónyuge que contribuyó al sostenimiento de las cargas del matrimonio, mediante su trabajo para la casa, el derecho a obtener una compensación económica en la cuantía que el juez señale, al tiempo de la extinción del régimen de separación¹⁶.

154

pareja” y tampoco en el de la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, donde, en cambio, se hace referencia al “principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución, y que tradicionalmente ha constituido la esencia y la base del Derecho civil aragonés”.

En cambio, la Exposición de Motivos de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, apartándose de la clara jurisprudencia del Tribunal Constitucional existente sobre la materia, justifica la regulación de las que denomina “parejas estables” en el art. 14 C.E., en relación con el art. 32 de nuestra Carta Magna, del que realiza una interpretación, a mi juicio, errónea, postulando que el referido precepto constitucional incluye el derecho a contraer matrimonio y a “optar por un modelo familiar distinto, sin que el ejercicio de ese derecho deba comportar obtener un trato más desfavorable por la ley”.

Mucho más ponderado es el Preámbulo de la Ley valenciana, de 6 de abril de 2001, donde, si bien (en mi opinión, inadecuadamente) se justifica la regulación de las “uniones de hecho” en el art. 14 C.E., se afirma claramente que: “El matrimonio y las uniones de hecho, por tratarse de instituciones distintas, obedecen a opciones y planteamientos personales que requieren el respeto a la diferencia tanto en el plano social como político”.

¹⁵ Cfr. STS, 18 de febrero de 1993 [RJ 1993, 1246]; STS, 22 de julio de 1993 [RJ 1993, 6274]; STS, 27 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3753]; STS, 20 de octubre de 1994 [RJ 1994, 7492]; STS, 30 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 10391]; STS, 4 de marzo de 1997 [RJ 1997, 1640]; STS, 4 de junio de 1998 [RJ 1998, 3722]; STS, 23 de julio de 1998 [RJ 1998, 6131] y STS, 22 de enero de 2001 [RJ 2001, 1678].

¹⁶ Cfr. STS, 24 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8946].

III. LA PRIMACÍA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA LIQUIDACIÓN DE LOS EFECTOS ECONÓMICOS DERIVADOS DE LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA

La liquidación de las relaciones económicas derivadas de la cesación de la vida en común, obviamente, se regirá, ante todo, por los pactos expresos a que hayan llegado los convivientes en el ejercicio de su libertad contractual¹⁷.

1. La licitud de los pactos de los convivientes

La licitud de estos pactos, admitidos por todas las legislaciones autonómicas sobre uniones de hecho, no suscita en la actualidad ninguna duda a la luz de los principios constitucionales, ya que si, en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 C.E., toda persona puede optar entre formar una familia fundada en el matrimonio o en la mera convivencia *more uxorio*¹⁸; y, si tanto la familia matrimonial como la extramatrimonial encuen-

¹⁷ La regulación convencional de los efectos económicos derivados de la ruptura de la convivencia es tradicional en Francia, donde merece especial mención el pacto de *tontine* o cláusula de *accroissement*. Se trata de una cláusula estipulada en un contrato de compraventa de un inmueble, adquirido en común por dos personas, en cuya virtud se pacta que la entera propiedad del bien pertenecerá a quien de ellas sobreviva, entendiéndose que la premuerta nunca habrá sido propietaria del mismo.

Expone *Cass. civ.* (Sala Primera) 27 de mayo de 1986 (*Bull.*, 1986, I, N° 140, pp. 140-141): “La clause stipulée [...] dans l’acte d’achat d’un immeuble acquis en commun par deux personnes aux termes de laquelle ‘le premier mourant sera considéré comme n’ayant jamais eu la propriété de l’immeuble, laquelle sera censée avoir toujours reposé sur la tête du survivant’ est licite”. Por ello, el sobreviviente no deberá indemnizar a los herederos del premuerto.

El pacto de *tontine* tiene, sin embargo, un grave inconveniente para el caso de que surjan discrepancias entre los “concubinos”, que lleven a la ruptura de la convivencia, ya que la jurisprudencia niega a las partes el derecho a pedir la división en vida de ambos. Tal es la solución que sanciona *Cass. civ.* (Sala Primera) 27 de mayo de 1986 (*Bull.*, 1986, I, N° 140, pp. 140-141), argumentando que sólo el sobreviviente es el titular del inmueble desde la fecha de adquisición: “Il s’ensuit donc une absence d’indivision excluant le droit au partage”. En el mismo sentido, más recientemente, *Cass. civ.* (Sala Primera) 18 de noviembre de 1997 (*Defrénois*, 1998, art. 36761 p. 377).

No obstante, hay que tener en cuenta que las ventajas fiscales del pacto de *tontine* son menores en la actualidad, ya que el art. 754 del *Code* general de los impuestos sujeta el acrecimiento que se opera en favor del supérstite al tratamiento fiscal propio de las transmisiones a título gratuito. Excepcionalmente, se aplica el régimen fiscal de las transmisiones a título oneroso (con la consiguiente reducción del tipo), cuando el pacto se ha celebrado entre “concubinos”. Pero han de cumplirse cuatro condiciones: la adquisición ha de haberse realizado por dos personas; el bien adquirido ha de ser un inmueble; dicho inmueble debe tener como principal destino la vivienda principal de los dos adquirentes al tiempo del fallecimiento del premuerto; el inmueble no debe tener un valor superior a los 500.000 francos.

¹⁸ Es constante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que vincula el principio de libre desarrollo de la personalidad con la libertad de opción entre el estado de casado o de

tran encaje en el art. 39 C.E., lógicamente, se debe reconocer a los convivientes, la posibilidad de que, al amparo del art. 1.255 C.c., puedan establecer los pactos que tengan por convenientes para liquidar sus relaciones económicas tras la ruptura de la convivencia¹⁹.

2. La forma de los pactos

La validez de los pactos entre convivientes no exige su documentación en escritura pública, tal y como, en cambio, prevé el art. 1.327 C.c. respecto de las capitulaciones matrimoniales; precepto éste, que no es aplicable en materia de uniones de hecho, ya que aquí no se trata de regular el régimen económico de un matrimonio, sino, simplemente, de regular *inter partes* las relaciones patrimoniales derivadas de una convivencia *more uxorio*.

Los pactos a los que lleguen los integrantes de la unión de hecho para disciplinar sus relaciones económicas durante su convivencia y al cese de ésta están sujetos al principio de libertad de forma propio de nuestro Derecho de la contratación, que consagra el art. 1.278 C.c., de modo que pueden constar, tanto en documento público como en documento privado e, incluso, ser puramente verbales²⁰.

156

soltero. Así, el ATC 156/1987, de 11 de febrero (*JC*, 1987, tomo XVII, pp. 876-879) afirma que “la libertad de opción entre el estado civil de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 de la Constitución). En el mismo sentido se pronuncia la STC 184/1990, de 15 de noviembre (*BOE*, 3 de diciembre de 1990): “la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 C.E.), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil”.

¹⁹ Cfr. STS, 22 de enero de 2001 [RJ 2001, 1678].

²⁰ En las legislaciones autonómicas de uniones de hecho no se exige, por lo general, el documento público para la validez de los pactos destinados a regular las relaciones económicas de los convivientes y para liquidarlas tras su cese.

Los arts. 3.1 y 22.1 de la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de “uniones estables de pareja”, disponen que los miembros de la pareja estable, heterosexual u homosexual, podrán regular las relaciones patrimoniales derivadas de su convivencia en forma verbal, por escrito privado o en documento público. El art. 4.1 de la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables”, y el art. 7.1 de la Ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, admiten que los integrantes de las uniones de hecho puedan regular sus relaciones económicas de cualquier forma, oral o escrita, admitida en Derecho. El art. 5.1 de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”, el art. 5 de la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de “parejas estables” y el art. 5.1 de la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho”, permiten que los pactos reguladores de la convivencia se realicen en documento público o privado.

Sin embargo, el art. 5.1 de la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de “parejas estables no casadas”, prevé que los pactos reguladores del régimen de convivencia se hagan mediante

3. El contenido de los pactos

Cabe que los convivientes, conforme al principio de autonomía de la voluntad, expresado en art. 1.255 C.c., pacten una comunidad de bienes o una sociedad, universal o particular, de ganancias.

Más discutible es la licitud de un pacto en que se prevea que la mera ruptura unilateral de la unión de hecho por parte de un conviviente, obligue a éste a pagar a otro cierta cantidad de dinero en concepto de indemnización. Es posible que dicho pacto supusiera un ataque a la libertad que tiene toda persona para poder poner fin a una convivencia *more uxorio*, opción ésta, que, a mi

convenio público recogido en escritura pública; solución ésta, que también se halla en el art. 6.1 de la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”, lo que supone una clara extralimitación competencial de esta Comunidad Autónoma, al regular una materia para la que carece de título.

A mi parecer, la exigencia de escritura pública supone una inadecuada traslación a las uniones de hecho de los requisitos de forma que se exigen para las capitulaciones matrimoniales, solución ésta, que me parece inadecuada, ya que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* no son realidades equivalentes y, además, se llega a una solución que se aparte del principio de libertad de forma característico de la legislación foral aragonesa.

El art. 4.1 de la Ley valenciana, de 6 de abril de 2001, “por la que se regulan las uniones de hecho” (y, por su influencia, el art. 4.1 de la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001, sobre “uniones de hecho”) establece, en su párrafo primero, que: “Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos”. Y, en su párrafo segundo, añade: “Serán nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición”.

La redacción del precepto suscita perplejidad, ya que parece subordinar la validez de los pactos, al requisito formal del otorgamiento de escritura pública. Sin embargo, no creo que la finalidad de la norma sea establecer una excepción al principio de libertad de forma que rige en el derecho civil español (cfr. art. 1.278 C.c.); máxime, si se tiene en cuenta que la posibilidad de que los miembros de la unión de hecho regulen convencionalmente las relaciones económicas derivadas de su convivencia (por ejemplo, estipulando una comunidad de bienes o una sociedad universal de ganancias) resulta del principio de autonomía de la voluntad, consagrado en el art. 1.255 C.c., cuyo fundamento último es el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad. Con toda probabilidad, el precepto, cuya redacción no es nada afortunada, no pretende negar la validez de los pactos que no consten en escritura pública (lo que supondría una extralimitación del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma), sino restringir la posibilidad de acceso al Registro de Uniones de Hecho, exclusivamente, a los que cumplan con este requisito de forma. No es casualidad que la inscripción de los pactos reguladores de la convivencia esté regulada en el precepto inmediatamente posterior (cfr. art. 5). De manera que, en mi opinión, la sanción de nulidad prevista en el art. 4.1.II, que, en puridad, resulta de la aplicación del art. 14 C.E. (dotado de eficacia inmediata en las relaciones *inter privados*) y del art. 1.255 C.c., debe quedar circunscrita a los pactos que “sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos”.

entender, encuentra cobertura en el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, del mismo modo que la encuentra la opción de formar una familia no basada en el matrimonio²¹.

IV. LA CONSTITUCIÓN TÁCITA DE UNA COMUNIDAD DE BIENES: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA COMUNIDAD QUE TIENE POR OBJETO LA VIVIENDA DONDE SE HA DESARROLLADO LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO*

La inaplicación de las normas relativas a la liquidación de los regímenes económicos matrimoniales a las uniones de hecho, en defecto de pacto expreso de las partes, no significa necesariamente que la ruptura de la convivencia carezca de consecuencias.

La jurisprudencia admite, así, la aplicación de las normas de la comunidad de bienes, incluso, en defecto de pacto expreso, cuando existen circunstancias (*facta concludentia*) que permiten deducir claramente que hubo una voluntad tácita de los convivientes de sujetarse a ellas. Sin embargo, como es lógico, precisa que la mera convivencia *more uxorio* no establece ninguna presunción de comunidad²², reputando necesaria la existencia de una voluntad, expresa o tácita de los convivientes, de hacer comunes los bienes adquiridos²³.

Una vez que del examen de los *facta concludentia* de los convivientes lleva a la conclusión de que existió una voluntad tácita de crear una comunidad de

158

²¹ Algunas legislaciones autonómicas prevén la posibilidad de que los convivientes puedan pactar compensaciones para el caso de cese de la unión. Es el caso del art. 5.1 de la Ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de “parejas estables”, del art. 4.1 de la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables” o del art. 5.2 de la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho”.

En algunas legislaciones, sin embargo, se ponen restricciones al principio de la autonomía de la voluntad, respecto a la determinación de los referidos pactos. El art. 4.2 de la Ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001, sobre “uniones de hecho, con clara extralimitación competencial”, permite que los convivientes pacten compensaciones económicas “cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto de la situación anterior”. Precisa el precepto que tales compensaciones “habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del *Código Civil*”. En el mismo sentido, e incurriendo en la misma extralimitación competencial, se pronuncia el art. 10.II de la Ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de “parejas de hecho”, que permite a los integrantes de las uniones de hecho pactar compensaciones económicas “cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a su situación previa al establecimiento de la convivencia”.

²² Cfr. STS, 27 de mayo de 1995 [RJ 1995, 382] y STS, 17 de enero de 2003 [RJ 2003, 4].

²³ Cfr. STS, 21 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8589].

bienes, la jurisprudencia presume, además, conforme al art. 393.II C.c., su participación en la comunidad por partes iguales, con independencia de que la titularidad formal de los bienes aparezca exclusivamente en favor de uno sólo de ellos.

Así, la STS, 29 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7341] dedujo la existencia de una comunidad de bienes sobre una casa, en la que los convivientes habían fijado su residencia durante cinco años, cuyo precio había sido pagado con fondos de una cuenta corriente bancaria, que estaba a nombre de los dos y en la que se habían efectuado ingresos indistintamente por ambos.

La mayoría de los supuestos en que la jurisprudencia ha considerado que los convivientes habían constituido tácitamente una comunidad de bienes, dicha comunidad había tenido por objetivo la vivienda donde ambos habían residido, la cual figuraba a nombre de uno solo de ellos o de alguno de sus familiares.

1. Indicios favorables a la existencia de la comunidad: las cuentas corrientes conjuntas con cargo a las cuales se paga el precio de la vivienda o se amortiza el préstamo concedido para su adquisición

Frecuentemente, el principal dato ponderado para afirmar la existencia de la comunidad ha sido la existencia de una cuenta corriente conjunta, en la que ambos convivientes habían realizado ingresos y con cargo a la cual se había pagado el precio de compra de la vivienda o las amortizaciones del préstamo concedido para su adquisición por una entidad bancaria.

La SAP Zaragoza, 23 de enero de 2001 [AC 2001, 749] se pronunció en favor de la existencia de una comunidad sobre la vivienda, que figuraba exclusivamente a nombre del varón. Para ello tuvo en cuenta que la cuenta corriente donde se cargaba el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda era de titularidad conjunta y que ambos convivientes habían realizado ingresos en ella, si bien en cuantía distinta, durante el tiempo que había durado la unión de hecho (dos años). No obstante, dada la diferencia entre los ingresos realizados por ellos (los efectuados por la mujer eran menores que los efectuados por el varón) se liquidó la comunidad, atribuyendo a la reclamante solamente una tercera parte de los ingresos totales efectuados en la cuenta corriente conjunta durante el período de convivencia *more uxorio*.

La SAP Asturias, 26 de junio de 2001 [AC 2001, 2380] entendió que la vivienda donde se había desarrollado la vida en común (que había durado veinticinco años) pertenecía a ambos integrantes de la unión de hecho, por mitad, a pesar de que dicha vivienda había sido puesta a nombre de la madre de uno de ellos (la mujer). Para llegar a dicha conclusión tuvo en cuenta que las cuotas de amortización del préstamo destinado a pagar la vivienda se cargaban en una cuenta corriente, de la que los dos convivientes eran titulares, y ello, a pesar de

que cada uno de ellos mantenía cuentas de titularidad exclusiva. También tuvo en cuenta otras circunstancias, tales como que los servicios de la vivienda habían sido contratados por los dos, que los gastos de comunidad eran pagados por ellos, indistintamente, y las declaraciones testificales de los vecinos, en las que todos afirmaban tener por propietario a ambos convivientes.

La SAP La Coruña, 10 de junio de 2002 [AC 2002, 1310] entendió que la vivienda pertenecía a ambos por mitad, a pesar de que figuraba, exclusivamente, a nombre de la mujer. El tribunal dedujo dicha comunidad de la existencia de una cuenta corriente conjunta en la que durante el tiempo en que duró la convivencia (siete años) los dos habían ingresado sus respectivas percepciones económicas derivadas de su trabajo personal, y con cargo a la cual se había pagado el precio y los gastos notariales y registrales. En el caso litigioso la vivienda se había puesto a nombre de la mujer, porque, al tiempo de su adquisición, el varón, aunque separado de hecho, seguía estando casado con otra persona. Se trataba, pues, de evitar eventuales reclamaciones de su cónyuge acerca de la titularidad de la vivienda fundadas en la presunción de ganancialidad de los bienes adquiridos constante el matrimonio.

1.1. Las cuentas corrientes conjuntas en las que sólo uno de los convivientes realiza ingresos

160 No obstante, hay que advertir de que la mera existencia de una cuenta corriente bancaria conjunta no autoriza para deducir la existencia de una comunidad de bienes sobre la vivienda, incluso, aunque el precio de compra haya sido satisfecho con cargo a dicha cuenta, si consta que sólo uno de los convivientes ha realizado ingresos en ella.

La SAP Salamanca, 29 de junio de 1995 [AC 1995, 1200] desestimó la pretensión de la mujer, de que se declara la existencia de una comunidad de bienes tácitamente constituida sobre la vivienda; a pesar de que existían diversas cuentas corrientes conjuntas a nombre de ambos integrantes de la pareja, por no haberse demostrado que la demandante hubiera realizado algún ingreso en cualquiera de dichas cuentas. La Audiencia entendió que la cotitularidad de las cuentas bancarias “ni determina ni acredita condominio de su contenido” y concluyó afirmando que

“la circunstancia de que haya varios titulares de un depósito bancario es más bien operativa para la dinámica del contrato, de forma que cualquiera de dichos titulares ostenta facultad de disposición frente al banco, bien individual o conjuntamente, pero sin establecer la existencia de un condominio, ya que éste lo fijan las relaciones internas de los titulares y más en concreto la originaria pertenencia de los fondos depositados”.

La SAP Burgos, 13 de noviembre de 2001 [AC 2002, 115] negó que se hubiera constituido una comunidad tácita sobre la vivienda; porque, a pesar de que la convivencia había durado más de dieciséis años y de que se había probado la existencia de varias cuentas corrientes conjuntas, se había llegado a la conclusión de que los fondos de dichas cuentas corrientes pertenecían exclusivamente al varón, que es quien había hecho todos los ingresos, procedentes de su pensión de jubilación; sin que hubiera podido probarse que la mujer había hecho ninguna aportación.

*2. Indicios contrarios a la existencia de la comunidad:
las cuentas corrientes de titularidad individual*

La circunstancia de que el precio de la vivienda o la amortización del préstamo concedido para su adquisición haya sido satisfecho con cargo a una cuenta de titularidad exclusiva de uno de los convivientes es, en principio un claro indicio de que la vivienda pertenece a dicho conviviente y, que, por lo tanto, no existe sobre ella una comunidad de bienes tácitamente constituida.

La SAP Madrid, 15 de enero de 2002 [JUR 2002, 121529] negó la pretensión de la mujer reclamante, de que se declarara la existencia de una comunidad sobre la vivienda, porque ésta aparecía exclusivamente a nombre del varón y las amortizaciones del crédito hipotecario concedido para su adquisición se habían realizado íntegramente con cargo a la cuenta personal de aquél, sin que la actora hubiera logrado probar haber aportado fondos a dicha cuenta para pagar las mensualidades del referido crédito o que existiera una cuenta corriente conjunta para el pago de la hipoteca.

La SAP Vizcaya, 6 de septiembre de 2002 [JUR 2003, 89219] negó, en este caso, la pretensión del varón, de que se declarara la existencia de una comunidad de bienes sobre la casa donde ambos convivientes habían residido durante doce años. Entendió que el mero hecho de que existieran cuentas corrientes bancarias conjuntas, en una de las cuales el varón había ingresado su nómina durante dos años, no autorizaba a entender constituida una comunidad de bienes sobre la vivienda, dado que la concreta cuenta corriente con cargo a la cual se había amortizado el crédito hipotecario era de titularidad exclusiva de la mujer.

2.1. Las cuentas corrientes de titularidad individual, en las que el conviviente no titular aparece como autorizado

El mero hecho de que en la cuenta corriente de titularidad exclusiva, con cargo a la cual se satisfacen las cuotas de amortización, se halle autorizado el conviviente no titular no permite deducir, lógicamente, la constitución tácita de una comunidad de bienes sobre la vivienda, ya que dicha autorización, en ningún caso, presupone la cotitularidad de los fondos depositados.

Así lo resalta la SAP Alicante, 29 de octubre de 2001 [JUR 2001, 332951], que no acogió la pretensión del varón demandante de que declarara que la vivienda pertenecía a ambos. Afirma la Audiencia que las mensualidades del préstamo hipotecario habían sido totalmente satisfechas con cargo a cuentas corrientes de titularidad de la mujer demandada; y que, si bien el demandante aparecía como autorizado en una de dichas cuentas, “ello no es suficiente para dar por acreditado que se produjeran ingresos de su bolsillo en la misma”.

2.2. Las cuentas corrientes de titularidad individual en la que ambos convivientes han realizado ingresos periódicamente

Hay que advertir de que el hecho de que la cuenta corriente con cargo a la cual se paga el precio de la vivienda aparezca exclusivamente a nombre de uno solo de los convivientes (con el fin de reforzar la apariencia de ser aquél titular exclusivo de la vivienda, que naturalmente se hace figurar a su nombre en la escritura de compraventa); no es óbice para que pueda entenderse que existe una comunidad de bienes sobre dicha vivienda, si logra demostrarse que el otro de los convivientes había realizado ingresos periódicos en la referida cuenta corriente.

La SAP Pontevedra, 6 de abril de 1998 [AC 1998, 4691] consideró que existía una comunidad de bienes sobre la casa, a pesar de que su precio de compra había sido satisfecho con fondos procedentes de una cuenta corriente bancaria que estaba a nombre de la mujer, que también aparecía como titular exclusiva de la vivienda. Llegó a esta conclusión, tras constatar los frecuentes ingresos de dinero que el varón había realizado en dicha la cuenta corriente, así como la declaración testifical del vendedor, que había afirmado que los convivientes le habían manifestado que, aunque la adquisición se hacía formalmente a nombre de la mujer, realmente, la adquisición se hacía para la comunidad compuesta por ambos integrantes de la unión de hecho.

162

V. LA CONSTITUCIÓN TÁCITA DE UNA SOCIEDAD IRREGULAR

Otro de los remedios a los que acuden los tribunales para proteger al conviviente que se encuentra en posición más débil como consecuencia de la ruptura de la convivencia es el de entender que los integrantes de la unión de hecho pactaron tácitamente una sociedad irregular, a cuya disolución, debe procederse a su liquidación, atribuyéndose a cada uno de ellos una parte de las ganancias de la referida sociedad²⁴.

²⁴ La solución es usual en la jurisprudencia francesa. *Cass.civ.* (Sala Primera) 27 de abril de 1978 (*Gaz. Pal.* 1978, 2, *somm.*, p. 254) expone que la sola cohabitación, incluso prolongada, de

Obviamente, la jurisprudencia precisa que la mera convivencia *more uxorio* no da lugar a la constitución tácita de una sociedad irregular, sino que es necesario que concurren hechos concluyentes que acrediten la existencia de la *affectio societatis*²⁵.

Por lo tanto, en los litigios donde se discute si los integrantes de la unión de hecho tuvieron, o no, la voluntad de constituir entre ellos una sociedad irregular, el resultado del pleito depende de la conclusión a la que el juzgador llegue sobre la existencia o inexistencia del referido requisito.

1. La constitución tácita de una sociedad universal de ganancias

La jurisprudencia es muy reacia a considerar tácitamente constituida una sociedad universal de ganancias, que, en las relaciones entre los convivientes, sería lo más aproximado a una sociedad de gananciales, ya que comprendería todo lo que ambos integrantes de la unión de hecho adquirieran durante la duración de ésta, con su trabajo o industria (art. 1.675 C.c.).

Así, la STS, 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 9733] rechazó la pretensión de la mujer reclamante, de que se declara que durante el período de convivencia *more uxorio* (de seis años) había existido una sociedad universal de ganancias que –según ella– debía ser liquididad por partes iguales. El Tribunal Supremo afirma que la sociedad requiere la *affectio societatis* o consentimiento de los contratantes, “que ha de ser claro e inequívoco”, precisando que:

“La existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial que, aun siendo susceptible de generar algunos derechos de contenido patrimonial entre quienes la integran, no siempre ha de estimarse concurrente, ya que puede, sin duda, suceder que, en las uniones a que da lugar la convivencia ‘more uxorio’ prefieran, quienes las forman, mantener su independencia econó-

personas no casadas, que en apariencia se han comportado como esposos, no es suficiente para dar lugar al nacimiento de una sociedad entre ellos; se requiere la prueba de la existencia de aportaciones por parte de los convivientes y de su intención de asociarse y de participar en los beneficios y en las pérdidas. *Cass.civ.* (Sala Primera) 19 de abril de 1961 (*Bull.civ.*, 1961, I, N° 216, p. 17) deduce la existencia de una sociedad de hecho de la circunstancia de que los convivientes habían comprado inmuebles, compartiendo gastos, y habían realizado un reconocimiento conjunto de una deuda garantizada con hipoteca. *Cour d'appel*, Bourges, 16 de febrero de 1987 (*JCP*, 1987, IV, p. 306) reconoce la existencia de una sociedad de hecho porque el conviviente varón había realizado aportaciones pecuniarias para la construcción de una vivienda en terreno perteneciente a su compañera. *Cour d'appel*, Limoges, 24 de enero de 1994 (*Juris-Data*, N° 043774) admite la existencia de una sociedad de hecho, porque la “concubina” había participado en la adquisición del establecimiento comercial de su compañero y en el ejercicio de su actividad.

²⁵ STS, 27 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3753].

mica, supuesto, por otra parte, más conforme con la elusión de la formalidad matrimonial”.

Concretamente, en este supuesto, el supremo dedujo la falta de *affectio* de la circunstancia de que los incrementos patrimoniales producidos durante la unión de hecho se habían adquirido por cada uno de los titulares individualmente y que sus actividades se habían desenvuelto “en ámbitos perfectamente diferenciados” (la mujer se había dedicado a la atención del hogar); “sin que se haya probado acuerdo alguno para que las respectivas adquisiciones se atribuyan a ambos”. Téngase en cuenta, sin embargo, que la no declaración de la existencia de una sociedad universal de ganancias constituida tácitamente, ni impidió conceder a la actora el derecho a percibir una indemnización de catorce millones de pesetas por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

La STS, 17 de enero de 2003 [RJ 2003, 4] desestimó la pretensión de la mujer reclamante, de que se declarara constituida tácitamente una sociedad universal de ganancias. La convivencia había durado diecinueve años y la demandante también se había dedicado a las labores domésticas. El supremo afirmó que

164 “acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (art. 393, segundo párrafo, *Código Civil*), pues ello sería tanto como imponer a una convivencia ‘more uxorio’ la normativa de una comunidad de gananciales o, más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial”,

lo que supondría “presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer”. En este supuesto, como en el anterior, se consideró cauce más adecuado para proteger a la mujer perjudicada por la ruptura el recurso al principio de prohibición del enriquecimiento injusto, concediéndose a la mujer una indemnización, cuya cuantía se estableció en un tercio de los bienes adquiridos por el varón durante el período en que duró la unión de hecho.

2. *La constitución tácita de una sociedad particular de ganancias*

Son, en cambio, relativamente, frecuentes las sentencias en que los tribunales aprecian la voluntad tácita de los convivientes de constituir entre ellos una sociedad particular de ganancias (art. 1.678 C.c.), que se regirá, en cuanto sociedad irregular, por las normas de la comunidad de bienes (art. 1.669 C.c.); entre ellas, por el art. 393.II C.c., conforme al cual las participaciones de los integrantes de la unión de hecho se presumen iguales.

2.1. Fallos que aprecian la existencia de *affectio societatis*

En general, los tribunales entienden que concurre la *affectio societatis* cuando uno de los convivientes ha participado en la actividad empresarial o comercial del otro, durante tiempo prolongado y de manera permanente; y, ante la dificultad de determinar la cuantía de las respectivas participaciones, suele liquidar la sociedad atribuyendo a cada uno de ellos la mitad del patrimonio común.

La STS, 18 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4907] entendió que los convivientes habían constituido tácitamente una sociedad irregular 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”. En el supuesto litigioso había existido una convivencia *more uxorio* de veinte años y una colaboración de la mujer en la actividad profesional del varón, que era agente comercial, representante y distribuidor de comestibles, y con cuyos beneficios se habían adquirido dos viviendas, tres automóviles, ajuar doméstico, mobiliario, ropas y joyas, patrimonio que el supremo consideró común, a pesar de que todos los bienes estaban a nombre del varón, hablando de una “titularidad fiduciaria” sobre dichos bienes, “a la que se superponía la verdadera titularidad compartida”, que pertenece a ambos convivientes por partes iguales.

La STS, 18 de marzo de 1995 [RJ 1995, 1962] consideró la existencia de una sociedad irregular, en este caso, calificada, como civil, basándose en los *facta concludentia* de los litigantes, los cuales habían convivido “un período de tiempo prolongado en el que ambos ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjunta o individualmente uno de ellos, pero para la sociedad que su prolongada convivencia y trabajo en común habían consolidado”.

La SAP Alicante, 17 de mayo de 2001 [AC 2001, 1177] se pronunció en favor de la existencia de una sociedad irregular entre los integrantes de una unión de hecho; al haber quedado acreditado por prueba testifical que durante el tiempo que duró la convivencia *more uxorio* (cincuenta años) hubo una aportación constante de trabajo por parte de la mujer en la explotación del varón que generó los ingresos; con los que se adquirió un patrimonio común, entendiendo la Audiencia que los bienes integrantes de dicho patrimonio debían ser divididos por partes iguales entre los dos convivientes.

La SAP Las Palmas, 22 de mayo de 2001 [JUR 2002, 29175] consideró tácitamente constituida una “comunidad de bienes”, que, en puridad, era una sociedad irregular, que tenía por objetivo la explotación de un bar, con cuyos ingresos se habían comprado dos viviendas. La convivencia *more uxorio* también había sido prolongada y existían hijos comunes. La Audiencia afirmó que “la explotación del negocio fue realizada desde el inicio de forma conjunta, siendo sus beneficios la fuente de ingresos de la familia”, afirmación que funda-

mentó en las declaraciones testificales de los clientes y de los proveedores, los cuales manifestaron que siempre habían considerado dueños del negocio a los convivientes, ya que ambos lo regentaban y trabajaban en él indistintamente.

La SAP Valencia, 12 de febrero de 2002 [JUR 2002, 114479] dedujo la existencia de una sociedad civil irregular tácitamente constituida por los integrantes de la unión de hecho, cuya convivencia había durado veinte años, y que tenían dos hijos comunes. El objetivo de la sociedad fue la explotación de la empresa juguetera del varón demandado. La Audiencia afirma que

“consta que entre los litigantes hubo una auténtica ‘*affectio societatis*’, reflejada en la colaboración activa y consciente en el negocio familiar, en pie de igualdad, con reparto especializado de tareas, la actora con su aportación personal en la dirección de las tiendas de juguetería, y el demandado en el ámbito fiscal, laboral y bancario”;

y prosigue:

“los hechos concluyentes de los litigantes que constituyeron la base de su sociedad, fueron la aportación de su esfuerzo común para la obtención no sólo de medios de subsistencia suficientes para el sostenimiento de la familia, sino también la consecución de un importante patrimonio, cuya titularidad formal ostenta sólo el demandado”.

166

2.2. Fallos que consideran no haber quedado probada la concurrencia de *affectio societatis*

Los tribunales se muestran contrarios a entender que ha quedado probada la *affectio societatis* cuando la colaboración del reclamante en las actividades empresariales o comerciales del otro conviviente ha sido pasajera u ocasional; en particular, si consta que durante el tiempo en que se desarrolló la convivencia *more uxorio* mantuvo una actividad laboral retribuida, propia e independiente de la desplegada por su compañero.

La STS, 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 9733] rechazó, así, la pretensión de que se estimara constituida tácitamente una sociedad civil irregular entre los convivientes; pues éstos se habían dedicado actividades distintas, sin que hubiera logrado probarse ningún acuerdo para que los bienes que respectivamente adquirieron durante el tiempo que duró la convivencia (once años) se atribuyeran a ambos, por lo que el Tribunal llegó a la conclusión de que no había existido *affectio societatis*.

La SAP Zaragoza, 26 de noviembre de 1999 [AC 1999, 6500] entendió que no había quedado acreditada la voluntad tácita de los convivientes de constituir una sociedad irregular, rechazando, así, la pretensión de la mujer, de que se dividieron por mitad los bienes adquiridos con los ingresos resultantes de la

explotación de una empresa de transporte de ganado, perteneciente al varón, en la cual aquélla afirmaba haber colaborado con su esfuerzo personal durante el tiempo que duró la unión de hecho. Argumentó la Audiencia que la demandante siempre había mantenido una actividad laboral continuada, propia e independiente, y que solo ocasionalmente y de manera accesoria había colaborado en la actividad comercial del demandado, “recogiendo algunos encargos por teléfono para él y sirviendo de compañía en muy contados viajes”.

VI. EL RECURSO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La jurisprudencia acude, además, a otros remedios legales de carácter general, que operan con independencia de la voluntad, expresa o tácita, de los integrantes de la unión de hecho, para proteger al conviviente, al que el cese de la vida en común ha causado un perjuicio económico.

La jurisprudencia ha recurrido, así, si bien excepcionalmente, a la responsabilidad civil extracontractual para proteger al desfavorecido por el cese de la convivencia *more uxorio*²⁶, en un caso, en que la ruptura de la convivencia había sido acompañada del incumplimiento sin causa de una previa promesa cierta de matrimonio.

1. Ruptura de la convivencia more uxorio habiendo mediado una promesa de matrimonio

La STS, 16 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9020] fundamentó en el art. 1.902 C.c. la condena del varón a pagar la cantidad de tres millones de pesetas, en concepto de daños y perjuicios, a su compañera; la cual había puesto fin al

²⁶ En la jurisprudencia francesa no son tan infrecuentes los fallos en los que se ha sostenido la responsabilidad civil extracontractual por ruptura ilícita de la convivencia. *Cass.civ.* (Sala Primera) 30 de junio de 1992 (*D.*, 1992, *IR*, 221) afirma que la ruptura del *concubinage* no genera la obligación de indemnizar daños y perjuicios, más que si reviste un carácter culpable. Anula, así, por violación de los arts. 1.382 y 1.383 del *Code*, la sentencia recurrida, que había reconocido una indemnización a la “concubina”, a pesar de que el “concubino” se había comportado honorablemente al tiempo de la ruptura, por considerar que la ausencia de culpa no le exoneraba de reparar el daño causado por el ejercicio de su libre derecho. *Cass.civ.* (Sala Primera) 29 de noviembre de 1977 (*Defrénois*, 1978, art. 31827, p. 1.129) considera culpable, la conducta del “concubino”, que, inesperadamente, abandona a su “concubina”, tras haberle convencido para que se instalase en su misma ciudad y cuidase de él, y de haberle prohibido trabajar, prometiéndole, además, que atendería a sus necesidades. *Cass.civ.* (Sala Primera) 7 de abril de 1998 (*JCP*, 1998, *bref*, p. 921) estima constitutivo de culpa la conducta del “concubino” que, después de que exige a su “concubina” que deje su trabajo para cuidar de su hogar y de los hijos, la abandona inesperadamente, tras once años de vida en común, sin atender a su sustento.

contrato de arrendamiento de la vivienda donde residía y en la que recibía huéspedes, para iniciar una convivencia *more uxorio* durante tres años con el condenado, ante la confianza, que éste le había suscitado de que se casaría con ella, a través de una promesa de matrimonio, que no cumplió.

En este caso, concurre la particularidad de que la unión de hecho había sido iniciada, mediando una previa promesa de matrimonio del varón que posteriormente rompió la convivencia. En segunda instancia la condena del varón había sido fundamentada en el art. 43 C.c., solución ésta que desautorizó el Tribunal Supremo, lo que me parece correcto; ya que el daño derivado de haber puesto fin al contrato de arrendamiento de la vivienda de la mujer abandonada no es un “gasto hecho” o una “obligación contraída” en consideración al matrimonio proyectado, por lo que no puede ser indemnizado a través del referido precepto.

Sin embargo, no estoy de acuerdo en la aplicación que hace el supremo del art. 1.902 C.c. para fundamentar el fallo condenatorio; porque, a mi juicio, este artículo no juega en el caso de ruptura de la promesa de matrimonio, cuyos efectos económicos se rigen, exclusivamente, por el art. 43 C.c., cuyo tenor es claro, al exponer que el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio: “sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio proyectado”. El precepto es una fórmula de transacción, entre el principio de tutela de la confianza y el principio de libertad nupcial (*liberas nuptias esse placit*) que, evidentemente, quedaría desvirtuado, si la negativa a cumplir la promesa produjera consecuencias patrimoniales tan gravosas para el promitente, que éste se viera constreñido a contraer matrimonio para escapar al pago de una indemnización cuantiosa. Ello explica la limitación del importe máximo de la indemnización a los conceptos que la propia norma determina (gastos hechos y obligaciones contraídas en atención al matrimonio), cerrando la posibilidad de que el promisorio pueda pedir el resarcimiento de otros daños.

Por otro lado, creo que la inaplicación del art. 1.902 C.c. en los casos de ruptura de la promesa de matrimonio deriva del principio *specialia generalibus derogant*, ya que, a mi entender, el art. 43 C.c. es una norma especial que establece un supuesto específico de responsabilidad prenegocial (que una clase de responsabilidad civil extracontractual), por lo que excluye la aplicación de la norma general (el art. 1.902 C.c.).

Ciertamente el art. 43 C.c. suscita la cuestión de determinar la naturaleza de la obligación, en cuya virtud el promitente, que incumple sin justa causa la promesa cierta de matrimonio, debe resarcir al promisorio de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en atención al matrimonio proyectado. *Prima facie*, dicha norma parece presentar problema de coordinación con la contenida en el art. 42 C.c., que sanciona la incoercibilidad de la promesa de matrimonio, al establecer que los esponsales no son vinculantes en el plano

jurídico (no originan la obligación de contraer matrimonio, ni tampoco de cumplir lo que se hubiera estipulado para el caso de su no celebración), lo que impide considerarlos un verdadero negocio jurídico de Derecho de Familia: ¿qué negocio jurídico sería aquél que no genera para las partes la obligación de cumplir lo pactado? A mi parecer, la obligación resarcitoria del art. 43 C.c. debe explicarse mediante el recurso a la *culpa in contrahendo*, esto es, desde la consideración de que quien sin justa causa incumple un promesa cierta de matrimonio defrauda la confianza que su declaración había suscitado en el destinatario. A través de la negativa a cumplir la promesa, el promitente impide la perfección del negocio matrimonial; provoca, en definitiva, un daño *in contrahendo* del que debe responder ante el promisorio, si bien dentro de los rígidos límites que el precepto establece, lo que excluye la indemnización de otros conceptos, los cuales pudieran, incluso, comprenderse en el denominado interés negativo, cuya resarcimiento constituye, según la doctrina tradicional, el contenido característico de la obligación de indemnizar que pesa sobre el contratante que incurre en culpa *in contrahendo*.

2. *Ruptura de convivencia more uxorio sin haber mediado promesa de matrimonio: inaplicabilidad del art. 1.902 C.c.*

A mi juicio, el recurso a la responsabilidad civil extracontractual al objeto de proteger al conviviente que queda perjudicado por el cese de la unión de hecho es improcedente, si el cese de dicha unión no implica, al mismo tiempo, incumplimiento sin causa de una previa promesa cierta de matrimonio.

Evidentemente, de no mediar promesa de matrimonio, es clara la imposibilidad de aplicar el art. 43 C.c., pero, a mi entender, tampoco procede la aplicación del art. 1.902 C.c. para condenar al conviviente que rompe la unión de hecho al pago de una indemnización de daños y perjuicios por los daños que esa ruptura ocasione al otro conviviente.

La ruptura de la convivencia *more uxorio* es un acto de libertad de quienes la forman, del mismo modo que lo es su constitución. Si, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de libre desarrollo de la personalidad impide discriminar (entendido este concepto en su exacto significado) a quienes deciden formar una unión de hecho, respecto de los que deciden casarse, en orden a respetar la radical libertad del ser humano para casarse o permanecer soltero; me parece que, por aplicación del mismo principio constitucional, no debe merecer ningún reproche culpabilístico quien decide poner fin a la unión de hecho; cuanto entiende que dicha unión ya no es un cauce adecuado para el desarrollo de su personalidad, por lo que no se entiende como puede ser obligado a pagar una indemnización de daños y perjuicios, por esta sola causa.

En este sentido hay que excluir totalmente la posibilidad de que el conviviente abandonado pueda pedir la indemnización de un hipotético daño moral

resultante de la ruptura unilateral de la convivencia *more uxorio* a través del art. 1.902 C.c. Es, pues, de alabar la solución a la que llegó la SAP Madrid, 15 de enero de 2002 [JUR 2002, 121529], que no estimó la pretensión de la mujer abandonada; de que se condenara al varón al pago de una indemnización de daños y perjuicios, entre otros conceptos, por el daño moral resultante del “abandono brusco de la situación estable y duradera de futuro en el ámbito emocional” de ella y del hijo de ambos. La Audiencia no acogió esta pretensión, por considerar que no había quedado acreditado “un perjuicio moral derivado de la ruptura sentimental, aspecto que, además de resultar difícilmente justificable y sobre todo evaluable, pronto tuvo remedio en uno, porque se casó al mes siguiente, y en la mujer porque lo hizo al año siguiente”. En el caso litigioso la unión de hecho había durado cinco años y los convivientes tenían un hijo en común.

VII. EL RECURSO AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

Es más frecuente en la jurisprudencia el recurso al principio general de prohibición del enriquecimiento injusto²⁷, a fin de proteger al perjudicado por la

170

²⁷ En algunas legislaciones autonómicas se prevé expresamente el pago de las compensaciones económicas por enriquecimiento injusto, si bien, a mi juicio, con poco fundamento, se restringe la posibilidad de percibir una compensación de este tipo a los supuestos de ruptura de la convivencia por causas distintas a la defunción de uno de los integrantes de la unión de hecho.

Así, los arts. 13 y 31.I de la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de “uniones estables de pareja”, prevén que quien, “sin retribución o con retribución insuficiente”, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en el caso “de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad en el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto”. Estos preceptos inspiran la redacción del art. 5 de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000, “para la igualdad jurídica de las parejas estables” y del art. 7 de la Ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de “parejas de hecho”.

El art. 7.2 de Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de “parejas estables no casadas”, prevé también que cuando “la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una pensión económica por el conviviente perjudicado”, cuando éste “haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos” del otro conviviente, o cuando se haya dedicado al hogar, a los hijos comunes o del otro conviviente, “sin retribución o con retribución insuficiente”. Este precepto inspira la redacción del art. 9.2 de la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, “por la que se regula el régimen jurídico de las parejas estables”.

Recientemente el art. 6.2.b) de la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho”, contempla también la percepción de una compensación por enriquecimiento injusto para quien “sin retribución o con retribución insuficiente”, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, pero sin supeditar la percepción de dicha compensación a los supuestos de ruptura de la convivencia por causa distinta a la muerte de uno de los

ruptura de la unión de hecho cuando de los *facta concludentia* de los convivientes no puede deducirse una voluntad tácita de constituir una comunidad de bienes o una sociedad irregular²⁸.

1. Examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo existen, en efecto, diversos fallos, en los que se hace una impecable aplicación del referido principio general del Derecho. Se trata siempre de supuestos en que ha existido una larga convivencia *more uxorio* con dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas; y ello, con independencia de que la ruptura de la unión de hecho haya tenido lugar por voluntad unilateral del varón o por el hecho de su muerte; lo que es perfectamente lógico, ya que no se trata aquí de sancionar a quien rompe la vida en común, sino de compensar económicamente al conviviente perjudicado por el enriquecimiento sin causa de su compañero.

La STS, 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 9733] condenó al varón, que voluntariamente había roto la convivencia *more uxorio*, que había durado seis años, a pagar a la mujer abandonada la cantidad de catorce millones de pesetas; al entender que esta última había sufrido un empobrecimiento, derivado de su dedicación desinteresada a las relaciones sociales de su compañero y a su atención doméstica, con el consiguiente enriquecimiento injustificado de éste.

La STS, 27 de marzo de 2001 [RJ 2001, 4770] también reconoció a la mujer abandonada el derecho a percibir una indemnización compensatoria de quince millones de pesetas por ruptura de la convivencia *more uxorio*, mediante la aplicación del principio general de prohibición de enriquecimiento injusto, teniendo en cuenta que la mujer “había sacrificado veinte años de su vida para atender al demandado e hijos, descuidando su formación laboral y sus expectativas en orden a dispensar un mejor cuidado y atención a la familia”²⁹.

171

integrantes de la unión de hecho, solución ésta, que me parece acertada, y que se aparta de lo que en este punto prevén las demás legislaciones autonómicas.

²⁸ El principio de prohibición del enriquecimiento injusto ha sido utilizado con la misma finalidad por la jurisprudencia gala. *Cour d'appel*, Dijon 7 de febrero de 1928 (*DP*, 1928, 2, p. 169) afirma: los cuidados y servicios suministrados gratuitamente durante varios años, por una mujer al hombre al que se encuentra prometida (y del que es su “concubina”) procuran en el patrimonio de este último un enriquecimiento que, al no obedecer a ninguna liberalidad, ni al cumplimiento de un contrato a título oneroso, está desprovisto de causa jurídica y da a la mujer derecho a ejercitar la *actio in rem verso* y a reclamar una indemnización en caso de ruptura. Dice *Cass.civ.* (Sala Primera) 15 de octubre de 1996 (*Bull.civ.*, 1996, I, N° 357, p. 250): la colaboración, sin retribución, de la “concubina” en la explotación del establecimiento comercial del “concubino”, implica un enriquecimiento (injustificado) de éste y un empobrecimiento de aquélla.

²⁹ La *ratio decidendi* de esta sentencia estriba, pues, en el principio general del Derecho, que prohíbe el enriquecimiento sin causa. Sin embargo, en ella se afirma que: “Con todo no

La STS, 17 de enero de 2003 [RJ 2003, 4], con apoyo en el mismo principio, condenó al varón, responsable de la ruptura de una convivencia *more uxorio*, de diecinueve años, de la que habían nacido dos hijos, al pago de una indemnización compensatoria, cuya cuantía quedó establecida en un tercio de los bienes adquiridos por el varón durante el período en que había durado la unión de hecho. El supremo precisó que, mediante el reconocimiento de la indemnización, “no se acepta la igualdad o asimilación [de la unión de hecho] al matrimonio, sino que trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil”.

La STS, 17 de junio de 2003 [AJA 10 julio 2003, N° 585] reconoció a la mujer, integrante de una unión de hecho, disuelta por muerte del varón, el derecho a obtener una indemnización equivalente al 25% del valor de los bienes adquiridos por aquél durante el tiempo en que había durado la convivencia *more uxorio* con los ingresos obtenidos con su trabajo y por la explotación de una farmacia del que era titular. La sentencia evidenció que la mujer se había dedicado, en exclusiva, durante cincuenta y tres años al cuidado de su compañero y del hogar familiar,

“prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no sólo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio”.

172

debe rechazarse como argumentación jurídica, fundante de la indemnización compensatoria, la aplicación analógica del Derecho”. Concretamente, se refiere a la posibilidad de aplicar por analogía *iuris* un pretendido principio general del Derecho de “protección al conviviente perjudicado” por el cese de la vida en común, del que extrae “la necesidad jurídica de compensar al conviviente en peor situación económica, con causa en la ruptura de la convivencia, en la cuantía prudencial que atendidas las circunstancias el Juez señale, al menos para facilitar y ayudar el tránsito a la nueva situación de hecho creada”.

La sentencia entiende que ese pretendido principio general del Derecho de protección del conviviente perjudicado, al que se alude en la declaración *obiter dicta* transcrita, deriva de normas constitucionales, citando los arts. 10, 14 y 39 C.E., y de normas de Derecho Privado, citando el art. 96 C.c. y el art. 16.1.b) de la Ley /29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Esta declaración *obiter dicta* acabará teniendo gran influencia en otros fallos posteriores, que admitirán la aplicación analógica del art. 97 C.c. (analogía *legis*) a las uniones de hecho. Cfr., en tal sentido, STS, 5 de julio de 2001 [RJ 2001, 4993]; STS, 16 de julio de 2002 [RJ 2002, 6246].

2. Examen de los requisitos para la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto en las uniones de hecho

La jurisprudencia, obviamente, sólo acude al principio de prohibición del enriquecimiento injusto en las uniones de hecho cuando en el supuesto litigioso concurren los requisitos exigibles para poder aplicar este principio general del Derecho, esto es, el enriquecimiento de uno de los convivientes, el correlativo empobrecimiento del otro integrante de la unión de hecho, y la inexistencia de una causa que justifique el enriquecimiento de uno, a costa del empobrecimiento del otro.

2.1. La noción de enriquecimiento

El enriquecimiento de uno de los convivientes puede derivar del hecho de que su compañero se haya dedicado al cuidado del hogar, mediante la realización de tareas domésticas sin haber percibido retribución alguna, o de haber colaborado en las actividades económicas del otro conviviente, también sin haber recibido ninguna retribución.

2.1.1. La dedicación al cuidado del hogar

La STS, 17 de junio de 2003 [AJA 10 julio 2003, N° 585] advierte que el enriquecimiento se produce “no sólo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio”.

Esto último es, precisamente, lo que acontece cuando la mujer se dedica durante un largo período de tiempo al cuidado de su compañero, mediante la realización de trabajo doméstico, “prestándole –como dice la referida sentencia– total ayuda moral y material”, ayuda, que frecuentemente se suele extender a la atención de los hijos (comunes, o no) que conviven con la pareja.

Esta modalidad de enriquecimiento es la que ha justificado el pago de una indemnización a cargo del varón y en favor de la mujer en los fallos anteriormente expuestos, en los que el Tribunal Supremo ha hecho aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

2.1.2. La colaboración en las actividades económicas del otro conviviente

El enriquecimiento de uno de los convivientes es más evidente cuando el otro, además de dedicarse a la atención del hogar común, colabora en las actividades económicas de su compañero sin recibir ninguna retribución³⁰.

³⁰ No existen demasiadas sentencias que, en este supuesto, apliquen el principio de prohibición de enriquecimiento, ya que la jurisprudencia para preferir entender que cuando uno de

La SAP Asturias, 16 de enero de 1997 [AC 1997, 103] concedió una indemnización por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, solicitada por la mujer perjudicada por la ruptura de una convivencia *more uxorio*, que había durado dieciocho años. Para conceder dicha indemnización, cuya cuantía quedó fijada en diez millones ochocientas mil pesetas, se tuvo en cuenta la existencia de una colaboración profesional de la actora en la actividad de decoración de interiores desarrollada por el varón demandado, así como “la compañía y cuidado continuo que le proporcionó durante tan larga convivencia sin retribución ninguna”, lo que le obligó a abandonar la propia actividad profesional que ella misma desarrollaba, también como decoradora.

La SAP Barcelona, 29 de septiembre de 2000 [JUR 2001, 55], con apoyo en el mismo principio, fijó una indemnización de un millón de pesetas en favor de la mujer reclamante, que había colaborado en el bar de su compañero, con quien había convivido diez años y con quien había tenido tres hijos. Observó la Audiencia que el trabajo prestado por la actora en el negocio del demandado nunca fue retribuido, “por lo que no aparece más que obvia la procedencia de la indemnización” solicitada.

2.2. La noción de empobrecimiento

El segundo de los requisitos que debe concurrir es el empobrecimiento de uno de los convivientes, que es consecuencia del enriquecimiento que el otro experimenta a su costa.

La STS, 17 de junio de 2003 [AJA 10 julio 2003, núm. 585] explica que “el empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en desprendimiento de valores, pues, lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del otro”.

Como regla general, puede afirmarse que se empobrece quien durante un prolongado período de tiempo se dedica, en exclusiva o de modo prioritario, a la atención del hogar o colabora en la empresa o negocio de su compañero sin recibir ninguna compensación por ello.

El empobrecimiento resulta aquí, no sólo de la no percepción de una retribución por el ejercicio de estas actividades sino, también, de las dificultades que tiene para acceder a un empleo quien siempre se ha dedicado a las labores domésticas (pensemos en mujeres de avanzada edad, de escasa calificación profesional que nunca han trabajado fuera de casa), o también de las dificultades que encuentra para reincorporarse al mercado de trabajo quien lo ha aban-

los convivientes colabora en la empresa o negocio del otro existe una sociedad irregular, tácitamente constituida, cuyo objeto es la explotación de la referida empresa o negocio. Cfr. STS, 18 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4907]; STS, 18 de marzo de 1995 [RJ 1995, 1962]; SAP Alicante, 17 de mayo de 2001 [AC 2001, 1177]; SAP Las Palmas, 22 de mayo de 2001 [JUR 2002, 29175] y SAP Valencia, 12 de febrero de 2002 [JUR 2002, 114479].

donado durante un prolongado período de tiempo, empobrecimiento, que todavía es más claro cuando la mujer ha dejado un trabajo retribuido al tiempo de iniciarse la convivencia³¹.

2.2.1. Compensaciones económicas en favor del conviviente que se dedica al cuidado del hogar, que excluyen su empobrecimiento

Hay que excluir la aplicación del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto cuando quien lo pretende no ha recibido propiamente una retribución por sus labores domésticas equiparable a un salario; pero sí otras compensaciones económicas, que impiden considerar que la situación en la que se ha desarrollado la convivencia *more uxorio* y su posterior ruptura le ha producido un empobrecimiento³².

La SAP Málaga, 25 de abril de 2002 [JUR 2002, 206758] denegó la pretensión de la reclamante, de que el varón le satisficiera una indemnización por enriquecimiento injusto, que, según ella, derivaba de la circunstancia de que durante los cuatro años en que había durado la convivencia había trabajado desinteresadamente para el hogar y de que dicha convivencia se había desarrollado en una vivienda de su propiedad; sin haber desembolsado el varón demandado cantidad alguna en concepto de alquiler. La Audiencia valoró el hecho de que, mientras persistió la unión de hecho, el demandado había asumido la práctica totalidad de los gastos comunes, así como los generados por la atención de los dos hijos de la mujer, que vivían con ellos; domiciliando su nómina en la cuenta corriente de la demandante, y pagando, además, las amortizaciones del crédito hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda, que era de propiedad exclusiva de aquélla. Afirmó la Audiencia que

³¹ La SAP Alicante, 1 de febrero de 2001 [AC 2001, 1099] desestimó el pago de la pensión compensatorio por enriquecimiento injusto, reclamada por la mujer, al no haberse acreditado que ésta “dedicara todo su tiempo de forma exclusiva a la atención de la casa y de su pareja, empobreciéndose por ello y enriqueciéndose el demandado”. En este caso sucedía que ambos trabajaban fuera de casa y en la misma actividad (realizando tareas de limpieza).

³² Por otro lado, hay que tener en cuenta que en aquellas regiones, cuyas leyes autonómicas prevén la posibilidad de que los convivientes pueda reclamarse pensiones periódicas alimentarias (en general, por un plazo máximo de tres años), si la necesitan para atender adecuadamente a su sustento o si la convivencia ha disminuido su capacidad para obtener ingresos o si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, la cuantía de dichas pensiones deberá ser ponderada, si no, para excluir la indemnización por enriquecimiento injusto, al menos, para aminorar convenientemente la cuantía de ésta. Es el caso de la Ley catalana, de 15 de julio de 1998, de “uniones estables de pareja” (arts. 14 y 31.2); de la Ley navarra, de 22 de junio de 2000 (art. 5.4), “para la igualdad jurídica de las parejas estables”; de la Ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de “parejas estables no casadas” (art. 7.2); de la Ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de “parejas estables” (art. 9.1) y de la Ley vasca, de 7 de mayo de 2003, “reguladora de las uniones de hecho” (art. 2.a).

“el cuidado dispensado y la dedicación al hogar es insuficiente por sí mismo para estimar la pretensión indemnizatoria, y aunque la recurrente alegue que cuanto menos algo habría que compensar, con ser ello cierto, no lo es menos que también se vio beneficiada durante la convivencia por el disfrute compartido del sueldo” del demandado, “dándose de este modo una reciprocidad en las respectivas aportaciones por cada uno efectuadas durante el desarrollo de la convivencia”.

La SAP Gerona, 2 de octubre de 2002 [AC 2002, 1493] desestimó la indemnización por enriquecimiento injusto solicitada por la mujer, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, argumentando que el varón demandado había transmitido gratuitamente a la actora, bajo la apariencia de un falso contrato de compraventa, carente de precio real, participaciones en la sociedad explotadora de un restaurante, ascendiendo las participaciones cedidas a casi la mitad del capital social.

2.3. La ausencia de causa que justifique el enriquecimiento

El tercero y último de los requisitos para poder aplicar el principio general de enriquecimiento injusto es el de ausencia de causa o justificación.

La STS, 11 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 9733] afirma que el enriquecimiento del varón demandado, consecuencia de la dedicación desinteresada de su compañera a la atención doméstica, no se halla justificado, “porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones -en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etcétera”.

Es decir, quienes forman uniones de hecho, a diferencia de quienes contraen matrimonio, no asumen ninguna obligación legal de ayuda o asistencia mutua. Por lo tanto, puede afirmarse que el enriquecimiento que experimenta el conviviente que se beneficia de la dedicación desinteresada al hogar de su compañero carece de justificación o de causa en sentido jurídico, por lo que debe indemnizarle o compensarle económicamente por esa dedicación, al tiempo de romperse la convivencia.

VIII. LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS UNIONES DE HECHO

Recientemente, dos sentencias del Tribunal Supremo han admitido la aplicación analógica del art. 97 C.c. a las uniones de hecho, iniciando así una orientación jurisprudencial que lamentablemente parece estar destinada a ejercer influencia sobre los Tribunales de Instancia.

1. Examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

La STS, 5 de julio de 2001 [RJ 2001, 4993] condenó al varón, responsable de la ruptura de una convivencia *more uxorio*, que había durado quince años, al pago a la mujer abandonada de una indemnización compensatoria de dos millones novecientas setenta y cinco mil pesetas. En esta sentencia el Tribunal Supremo excluyó la aplicación del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto, considerando solución más adecuada la aplicación analógica del art. 97 C.c.; entendiendo que existe “semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de convivencia ‘more uxorio’ de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio”.

La STS, 16 de julio de 2002 [RJ 2002, 6246] reconoció a la mujer abandonada el derecho a percibir una pensión compensatoria de quince mil pesetas mensuales por ruptura de una convivencia *more uxorio*, que había durado seis años, y de la que había nacido un hijo. Nuevamente, el Tribunal Supremo volvió a descartar la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, estimando que la aplicación analógica del art. 97 C.c. era una solución más adecuada en orden a fundamental el fallo.

2. Crítica de la nueva orientación jurisprudencial favorable a la aplicación analógica del art. 97 C.c. para regular los efectos económicos derivados de la ruptura de la convivencia ‘more uxorio’

A mi juicio, la aplicación analógica del art. 97 C.c. a las uniones de hecho es improcedente, ya que entre éstas y el matrimonio no existe identidad de razón, al no tratarse de situaciones equivalentes. El matrimonio es una institución social, consecuencia del ejercicio de un derecho constitucional, mientras que la unión de hecho es un mero ejercicio de la libertad que tiene toda persona de casarse o permanecer soltero.

Además, creo que en los dos supuestos enjuiciados por las sentencias referidas concurrían los requisitos para aplicar el principio de prohibición de enriquecimiento injusto, por lo que era innecesario el recurso a la aplicación analógica del art. 97 C.c. en orden a compensar económicamente al conviviente abandonado. Hay que tener en cuenta que estas sentencias abren la vía para la concesión de una indemnización o pensión compensatoria al conviviente al que la ruptura de la vida en común produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, prescindiendo de la circunstancia de si el obligado a pagar dicha indemnización se ha enriquecido, o no, injustificadamente a costa de la dedicación desinteresada al trabajo doméstico de su compañera.

A mi entender, la pensión compensatoria que establece el art. 97 C.c. en favor del cónyuge divorciado no tiene su fundamento en la convivencia matrimonial, que, a diferencia de lo que acontece respecto de la indemnización del art. 98 C.c., no es presupuesto de la aplicación de la norma, sino una mera circunstancia cuantificadora de la pensión (cfr. art. 97.6º C.c.). El precepto presupone la existencia de un matrimonio, mediante el cual las cónyuges asumieron, entre otras obligaciones incluidas en el estatus de casado, la de socorrerse mutuamente (cfr. arts. 67 y 68 C.c.), obligación ésta, que no cesa, por la mera disolución del matrimonio por divorcio, sino que se modifica, transformándose en la de satisfacer la pensión compensatoria cuando se den los requisitos previstos en su párrafo primero. La situación es radicalmente distinta en el caso de las uniones de hecho, pues no existe norma alguna que imponga a los convivientes el deber jurídico de socorrerse mutuamente por el mero hecho de vivir en común, y, de ahí, precisamente, que la atención desinteresada a la familia de uno de ellos pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto del otro; pero la mera ruptura de la convivencia, que *per se* no genera obligaciones legales, no debe dar lugar, en mi opinión, a la obligación de pagar a una indemnización o pensión compensatoria.

3. Proyección de la nueva orientación jurisprudencial sobre los Tribunales de Instancia

178

Es todavía prematuro valorar la proyección que la nueva orientación jurisprudencial, favorable a la aplicación analógica del art. 97 C.c. a las uniones de hecho, tendrá en los Tribunales de Instancia.

En la actualidad podemos observar en las Audiencias la existencia de posiciones muy distintas, que van desde la recepción plena de esta nueva orientación jurisprudencial, a su total ignorancia, pasando por una aplicación matizada de la misma.

3.1. La recepción de la nueva orientación jurisprudencial

La recepción de la nueva orientación jurisprudencial es plena en la SAP Valencia, 7 de marzo de 2002 [JUR 2002, 161814], que, apoyándose en la aplicación analógica del art. 97 C.c., con cita expresa de la STS, 5 de julio de 2001, concedió una pensión compensatoria de cincuenta mil pesetas mensuales a la mujer perjudicada por la ruptura de la convivencia *more uxorio*, argumentando que esta ruptura le había provocado un desequilibrio económico.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en este caso, al igual que en los dos, en los que el supremo ha aplicado analógicamente el art. 97 C.c., concurrían todos los presupuestos necesarios para entender que había existido un enriquecimiento sin causa en favor del varón, ya que la mujer había abandonado un trabajo retribuido para dedicarse íntegramente al cuidado de la familia;

recalcando la Audiencia que “no parece que la demanda tenga una cualidad profesionalmente sólida”, lo que evidentemente dificulta su reincorporación al mercado de trabajo. Sigue, pues, la incógnita acerca de si los tribunales concederían una pensión compensatoria por el mero hecho de que la ruptura de la convivencia *more uxorio* provocara a uno de los convivientes un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implicara un empeoramiento en su situación anterior en la unión de hecho, cuando en el supuesto litigioso no concurriera un enriquecimiento sin causa.

3.2. La no recepción de la nueva orientación jurisprudencial

La SAP Barcelona, 6 de mayo de 2002 [JUR 2002, 215653] ignoró la nueva orientación jurisprudencial, al confirmar la sentencia recurrida, que había desestimado la pretensión de la mujer, de que el varón le pagara una pensión compensatoria de quince mil pesetas mensuales. La Audiencia afirmó que “no procede la pensión compensatoria pedida como tal en las uniones de hecho, como enseña constante jurisprudencia, cuya cita no hace falta siquiera por conocida”. Y concluyó: “En ningún caso es aplicable la pensión del art. 97 CC a uniones no matrimoniales”.

3.3. La aplicación analógica matizada del art. 97 C.c. a las uniones de hecho

La SAP Madrid, 22 de febrero de 2002 [JUR 2002, 116717] realizó una aplicación analógica matizada del art. 97 C.c., observando certeramente que de la STS, 5 de julio de 2001 no se deduce claramente que el conviviente a quien la ruptura de la unión de hecho cause un desequilibrio económico tenga derecho a percibir una pensión compensatoria en todos los supuestos de cese de la convivencia; sino, tan sólo, cuando dicha convivencia haya sido de “larga duración y resulte rota unilateralmente”.

Afirmó la Audiencia:

“Queda por tanto la duda de si sólo es posible reconocer tal derecho en los casos en los que una decisión unilateral de uno de los convivientes, en contra de la posición del otro, ponga fin a dicha relación de pareja estable, o si, por el contrario, también es posible reconocer tal derecho a uno de aquéllos, en los supuestos en los que de común acuerdo, y por falta de interés personal mutuo o desafecto, se decide poner fin también a dicha relación, lo cual, desde luego, no impide ni excluye la posibilidad de probar la existencia del presunto desequilibrio económico de uno de los convivientes, y también si, en todos los casos es necesario que dicha convivencia haya sido de larga duración”.

Constatada la duda acerca del concreto alcance de la aplicación analógica del art. 97 C.c. postulada por la STS, 5 de julio de 2001, el Tribunal de Apelación optó por restringir dicha aplicación al supuesto expresamente aludido por la referida sentencia, esto es, al caso de ruptura voluntaria y unilateral de una convivencia *more uxorio* de larga duración. Negó, pues, el derecho a percibir una pensión compensatoria a la reclamante, constatando que la convivencia sólo había durado tres años y que no queda acreditada cuál había sido la causa del cese de la unión de hecho (es decir, si se había roto unilateralmente o de mutuo acuerdo), ponderando, además, la edad de la demandante, treinta años, y que ésta ya había trabajado anteriormente como empleada de hogar.