



UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL

TESIS DOCTORAL

“EFECTOS DE LA RUPTURA DE LAS PAREJAS DE HECHO”

PROGRAMA DE DOCTORADO:

CIENCIAS JURIDICAS

Autor: Alejandro Andrés Martín Molina

Director: Dr. D. Guillermo Orozco Pardo

Editor: Universidad de Granada. Tesis Doctorales
Autor: Alejandro Andrés Martín Molina
ISBN: 978-84-9163-576-5
URI: <http://hdl.handle.net/10481/48460>

PRESENTADA POR:

ALEJANDRO ANDRES MARTIN MOLINA

DIRIGIDA POR:

DR. D. GUILLERMO OROZCO PARDO

Granada a 04 de Junio de 2017

El doctorando / The *doctoral candidate* [**D. Alejandro Andrés Martín Molina**] y los directores de la tesis / and the thesis supervisor/s: [**D. Guillermo Orozco Pardo**]

Garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección de los directores de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

Guarantee, by signing this doctoral thesis, that the work has been done by the doctoral candidate under the direction of the thesis supervisor/s and, as far as our knowledge reaches, in the performance of the work, the rights of other authors to be cited (when their results or publications have been used) have been respected.

Lugar y fecha / Place and date:

En Granada a 26 de Octubre de 2016

Director/es de la Tesis / Thesis supervisor/s:

Doctorando / Doctoral candidate:

Firma / Signed

Firma / Signed

INDICE:	Página
1.- Antecedentes.	7
2.- Introducción	8
3.- Concepto jurisprudencial de la pareja de hecho	12
A.- Requisitos constitutivos	53
4.- Efectos con relación a los hijos	58
4.1.- Guarda y custodia de hijos	58
4.1 a) La custodia compartida	65
4.2.- Derecho de alimentos a los hijos	85
5.- Efectos patrimoniales de las parejas de hecho	111
A.- Durante la convivencia	111
5.1.- Principio de independencia	111
5.2.- Pactos	117
a) Pactos expresos	117
b) Pactos tácitos	122
5.3.-Recurso a la analogía	130
5.4.- Aplicación de la comunidad de bienes	152
B.- Tras el cese de la convivencia	155
5.5.- Por ruptura de la pareja	155
5.5.1.- Introducción	155

5.5.2.- Liquidación del régimen de sociedad civil	163
5.5.3.- Indemnización o compensación	160
5.5.4.- Principio del enriquecimiento injusto	186
5.5.5.- Atribución del uso de la vivienda	195
5.5.6.- Por muerte de uno de los convivientes	206
A.- Las parejas de hecho en la sucesión mortis causa	206
a) En sucesión testamentaria	206
b) En sucesión intestada	211
c) En la legítima	214
B.- Derechos sucesorios del conviviente supérstite:	216
a) Estudio de la posible aplicación de la analogía	216
b) El enriquecimiento injusto mortis causa	
6.- Conclusiones	

Abreviaturas:

AC: Actualidad civil

AP: Audiencia Provincial

Ar.C: Aranzadi Civil

BDA: Base datos Aranzadi

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

DGRN: Dirección General Registros y Notariado

EDJ: Base datos el Derecho (Jurisprudencia)

JUR: Jurisprudencia

LEC: Ley Enjuiciamiento Civil

RJ: Repertorio de Jurisprudencia

RTC: Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior Justicia

TC: Tribunal Constitucional

1.- ANTECEDENTES

La unión de personas entre sí sin contraer matrimonio, no es una cuestión de los tiempos actuales, sino que a lo largo de la historia se han dado muchos ejemplos de este tipo de relaciones sociales. Por ello, ya en época visigoda el concubinato constituyó una realidad social que solía crearse por la libre voluntad de las partes.

En la Edad Media tiene gran importancia la institución jurídica llamada “*barraganía*” que no era otra cosa que el concubinato.

En concreto el Fuero de Zamora que concedió los máximos derechos a la barragana, pudo servir de modelo a un contrato de barraganía, la llamada “Carta de Ávila” de 1361, denominada también “carta de mancebía e compañería”, la cual concedió a la concubina el derecho a percibir rentas de su señor incluso después de la muerte de éste, además de poder compartir con él la mesa y el pan ¹.

La Carta de Ávila supone una manifestación escrita del contrato de mancebía que regulaba las relaciones no matrimoniales, lo que denota la importancia de tales uniones en dicha época ².

Además de la barraganía, el Derecho reconocía algunos efectos jurídicos a las uniones de hecho cuando hubiese transcurrido un año de la relación. Incluso en algunos Fueros, se concedían amplios derechos hereditarios a los hijos naturales que podían heredar de sus padres, al igual que los hijos legítimos.

¹ SERRANO CHAMORRO M^a EUGENIA. *Las parejas de hecho y su marco legal*. Edit. Reus. S.A. Reus. 2014, p. 18.

² MESA MARRERO, C. *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Edit. Aranzadi. Pamplona. 1999, p. 26.

La Ley de Partidas regulaba la barraganía estableciendo como requisitos para que la misma produjera efectos jurídicos, la de tener la edad de doce años cumplidos, llevar vida en común y unas condiciones de permanencia y estabilidad.

En este devenir histórico la Iglesia Católica ha condenado y condena toda unión sexual que se produzca fuera del matrimonio.

En el siglo X y XI en Cataluña ya existían contratos de mancebía, y en el año 1361 la Carta de Avila indica con el título de carta de mancebía o compañería la constitución de un convenio entre el señor y la barragana, en el que se concede a ésta última los derechos a percibir rentas de su señor y de compartir con él la mesa, el cuchillo y el pan.

2.- INTRODUCCION.

Los problemas que pueden surgir en el ámbito civil entre parejas de hecho, se van a presentar principalmente cuando se produce la crisis de dicha pareja y quiebre la buena relación que hasta dicho momento haya existido.

Entonces habrá que establecer nuevas relaciones entre los convivientes, con los hijos que tengan o con los bienes materiales que hayan adquirido, sobre todo con el principal de la vivienda familiar.

Los principales problemas que se van a plantear van a ir dirigidos a la forma de relacionarse a partir de ese momento con los hijos, mediante la adjudicación de su custodia bien íntegra a uno o compartida a ambos o de un régimen de visitas y también en lo relativo al establecimiento de una pensión alimenticia.

Entiendo que es muy importante analizar los problemas que surgen cuando se produce la crisis de la pareja, primando en ellos la adjudicación de la vivienda familiar, sobre todo cuando es de una tercera persona y en dicha

vivienda deben seguir viviendo los hijos por ser su domicilio familiar.

El estudio vendrá ayudado por la recopilación de aquellas sentencias judiciales tanto dictadas por el Tribunal Supremo como por las Audiencias Provinciales más trascendentales sobre la materia, en este caso las de mayor relevancia y aporte jurídico que haya podido obtener, y previo análisis y estudio de las mismas, recopilar y sintetizar las soluciones que se han ido dando a distintas problemáticas y ver tanto las consonancias como los cambios de jurisprudencia que se han ido produciendo. Dicho análisis se realizará de modo cronológico y por materias para poder así desarrollar la evolución que ha sufrido la materia que se está tratando.

El aporte jurídico que se pretende va a ser tanto en materia doctrinal como en la posible práctica jurisprudencial. Pretende ser apoyo tanto para que la doctrina pueda establecer las bases para conseguir una regulación de la materia, como para que los Tribunales de justicia tengan un criterio unívoco sobre las posibles soluciones a los problemas prácticos que se les presentan.

De igual forma servirá para que los abogados en ejercicio puedan encontrar una base en la que sustentar sus demandas cada vez que tengan un problema que surja de una pareja de hecho.

Con todo ello se pretende conseguir que en aquellas lagunas que existen en la materia producidas por la falta de regulación legal o por la novedad de muchas de las cuestiones que se plantean y que por tanto no han tenido solución judicial hasta el momento, puedan encontrar una base sólida en la que encontrar una solución permanente y aceptada por todos.

Aunque se podría entender la idea de que el poder legislativo estatal redactase un proyecto de ley definitivo de parejas de hecho y que una vez fuese debatido en el parlamento, acabara con la aprobación de dicha ley que regularizara estas uniones, al menos para evitar los problemas que se suelen presentar en la práctica y sirviera de cobertura y de protección para las personas que constituyen dichas formas de convivencia, esto supondría desnaturalizar la esencia misma de dichas uniones que precisamente cuando se constituyen es para quedar al margen de cualquier regulación legal,

basándose más en la libertad de pactos y la autorregulación de cada pareja. Por ello, los pocos anteproyectos de ley sobre esta materia que se hayan podido redactar, al final no han tenido su finalidad legislativa pretendida.

La configuración de una pareja, en la que podemos incluir tanto una de hecho como una matrimonial, supone tener en cuenta su concepción tanto desde el momento en que se constituye como cuando se rompe y deja de ser una unión para formar esas dos personas vidas separadas. Y es que toda ruptura supone un fracaso porque aunque al final sea la mejor solución para la situación a la que se ha llegado de pérdida del afecto entre ambos o de conflicto entre las partes, va a suponer, no obstante, un fracaso de la expectativa de unión para siempre de dos personas y de la constitución y planificación de una vida en común y una floración de elementos de vida sobre la misma, como son los hijos o una planificación entorno a esa familia que nace y se crea.

Por ello, aunque se diga que al final una ruptura puede ser la mejor solución, siempre lo va a ser sobre una situación creada de conflicto y de falta de afecto, pero no sobre la esperanza de permanencia de una relación y de ver como florece y evoluciona lo que esa pareja va creando y constituyendo a los largo de los años de relación. Sobre todo, esto tiene tintes más dramáticos cuando existen hijos en la pareja que van a tener que relacionarse de la misma forma, en cuanto al afecto y a la necesidad de relación se refiere, con los dos miembros de la pareja, tanto el padre como la madre.

El análisis que realizo de una pareja de hecho debe englobar no solo las consecuencias de lo que sucede cuando dicha pareja se rompe y qué efectos tiene para la misma o para todo lo que compone la misma, sino que también debe analizarse cuál es el concepto que estamos tratando y en el presente caso al tratarse de una pareja de hecho, ver los requisitos que son necesarios para tener por constituida dicha pareja, porque de la exigencia de los mismos nos va a derivar unas consecuencias u otras o el reconocimiento o no de determinados derechos para los integrantes de dicha pareja.

Los efectos que se van a producir por el incumplimiento de los deberes

familiares en una pareja de hecho, van a ser múltiples y de muy diversa índole, y ello tanto en el ámbito civil como penal. Así, no solo van a afectar a los hijos que tengan desde un punto de vista personal, por una falta de relación en un incumplimiento del régimen de visitas ya sea porque el mismo venga de una parte o de la otra, o por la falta de acuerdo en las medidas que suponen el desarrollar una patria potestad compartida, sino también patrimonialmente en cuanto a la forma de distribución del patrimonio creado por ambos o la asignación de derechos económicos para alguno de los miembros de la pareja.

Además, se van a poder producir efectos penales del incumplimiento de dichos deberes familiares, ya que los mismos van a estar ligados a una obligación de alimentos, o de toma de decisiones conjuntas en el desarrollo de la prole y en el ejercicio conjunto de la patria potestad. El no cumplir con estas obligaciones va a conllevar unos efectos penales para la persona que los incumple. Por ejemplo, en materia de alimentos, a no ser que se pruebe la carencia de medios económicos para el pago de dicha pensión, el incumplidor se va a ver abocado a una condena penal consistente en prisión o multa, además del pago en concepto de responsabilidad civil de las mensualidades de pensión alimenticia que adeude y, de existir acusación particular, al pago de las costas procesales causadas en dicho procedimiento.

En el ámbito civil, el impago de la pensión alimenticia conllevaría en el ejercicio de una acción ejecutiva de la sentencia en que se reconoce dicho derecho de alimentos, el embargo de bienes del ejecutado para cubrir la deuda que tendría pendiente con su expareja como administradora de dicha pensión alimenticia de sus hijos. Dicho embargo de bienes va a suponer un mayor empobrecimiento en la parte obligada al pago alimenticio.

Los efectos y relaciones que se derivan de todo ello se van a notar también en multitud de ámbitos de la vida de los miembros de la pareja, tanto en su nivel económico como social y en la atribución, adjudicación y reparto de los bienes que tengan en común. Por ello, en esto incluimos el concepto tan importante de la vivienda habitual y la atribución de su uso, así como el tema de las posibles pensiones que concedan los organismos públicos.

Se analizan también las similitudes y diferencias en esta materia con los casos de ruptura matrimonial, donde además de la pensión alimenticia, hay que estudiar la pensión compensatoria y la posibilidad o no de trasladar su solicitud en los casos de rupturas de parejas de hecho, o bien, buscar otras soluciones y figuras en Derecho para que se tienda al mismo o similar resultado que en un matrimonio.

Por último, es necesario también analizar de una ruptura de la pareja cuando se produce por el fallecimiento de uno de sus miembros.

3.- CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE LA PAREJA DE HECHO: REQUISITOS CONSTITUTIVOS

Son muchas las definiciones que se han dado sobre lo que son las parejas de hecho, pero lo primero que debe concretarse cuando efectuamos el estudio sobre la problemática de las uniones de hecho es determinar la denominación que se le da a estas uniones desde el punto de vista jurisprudencial que es la materia de estudio de este trabajo.

Con base en ello, podemos empezar por buscar una denominación a esta forma de relación. El TS las ha definido con calificativos como: “*familia natural*” en la sentencia de 29 de octubre de 1997, “*situación de hecho con trascendencia jurídica*” en la de 10 de marzo de 1998, “*realidad ajurídica con efectos jurídicos*” según la sentencia de 27 de marzo de 2001 o “*realidad social*” admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme dice la sentencia de 5 de julio de 2001.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 mayo 1992 ha señalado los condicionantes para que pueda hablarse de una unión o pareja de hecho: se está ante una convivencia «*more uxorio*», desarrollada en régimen vivencial de *coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo*

de los años, practicada de forma externa y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, interés y fines, en el núcleo de un mismo hogar. ³

Como indica la citada sentencia, esta situación constituye una realidad social que se presenta dinámica y con profusión en los tiempos actuales, a la que habrá de atenderse en términos de estricta justicia y por imperio de la equidad.

Expresa con acierto DE LA IGLESIA PRADOS que debido a que el legislador español no ha promulgado disposición alguna genérica afectante a las parejas de hecho, por el contrario la situación en las autonomías ha sido diversa pues, más allá de la posesión de competencias normativas civiles, mayoritariamente han procedido a aprobar algún tipo de regulación, de rango legal o no sobre la cuestión. Resultando una desconcertante realidad que encamina la normativa sobre las uniones de hecho en nuestro sistema a una situación caótica y, posiblemente, sin futuro práctico, tanto por la actual normativa sobre el matrimonio como por las consecuencias que van a suponer las distintas Sentencias que en este ámbito dicte el Tribunal Constitucional. ⁴

³ RJ 1992\4907 Aranzadi

⁴ DE LA IGLESIA PRADOS E. “La eficacia actual de las normas reguladoras de las parejas de hecho”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num. 8/2013 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013, pp. 103 a 136.

Sobre el contenido jurídico de la noción «familia» en nuestro ordenamiento y apoyándonos en la doctrina, encontramos como GALLEGO DOMÍNGUEZ, indica con razón que «la Constitución, si bien contempla y

piensa especialmente en la familia tradicional basada en el matrimonio, no obstante dejó una cierta imprecisión en el tema, dejando la puerta abierta a posteriores desarrollos legislativos, y a posteriores interpretaciones jurisprudenciales sobre qué realidades han de ser consideradas familia.⁵

Sin embargo, esta necesidad de respuesta judicial en dar una definición a esta forma de convivencia social, generada a lo largo de los tiempos y formada por los hábitos y usos sociales en su composición y organización, encuentra el doble obstáculo de la ausencia casi total de una normativa reguladora estatal pues el legislador sólo ha abordado este problema de modo fragmentario y puntual por ser más bien unas formas de convivencia basadas en el libre acuerdo y formalidad de las partes que las componen (entre otros aspectos, en el ámbito de la adopción, del procedimiento de «habeas corpus» o la percepción de determinadas prestaciones de la Seguridad Social), y de una jurisprudencia a veces vacilante y contradictoria que se ha tenido que ir adaptando a las formas de sociedad imperante en cada momento histórico.

RODRÍGUEZ BOENTE⁶ sostiene que son dos los motivos que pueden causar la formación de las uniones de hecho, a saber: en primer lugar, ser un paso previo al matrimonio o, cuando menos, un periodo de prueba del mismo, que sirva para comprobar si se dan las condiciones para pasar por el altar o por el juzgado dependiendo de las creencias e ideologías de cada uno.

⁵ GALLEGO DOMÍNGUEZ, “Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales”. *Centro de Estudios Registrales*, Madrid 1995, pp. 87 y ss.

⁶ RODRÍGUEZ BOENTE. *Matrimonios y parejas de hecho: ¿equiparación o distinción?*, en *Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho*, Castillejo Manzanares, Edit. Aranzadi, Navarra, 2012, p. 22 (BIB 2012, 594)

En segundo lugar, existe por parte de los convivientes la intención deliberada de excluir el matrimonio como opción de vida o como habitáculo del amor y por tanto se apartan del mismo para conformar su convivencia de una forma distinta basada en sus propios hábitos y normas de pareja que

libremente deseen llevar a cabo.

Pueden sentarse en esta materia, en un comienzo, los siguientes principios básicos:

1.º) Es doctrina constitucional, que puede calificarse de reiterada (así las SSTC 15 noviembre 1990, 14 febrero 1991 y 11 diciembre 1992) ⁷, la que ha venido encontrando el fundamento y amparo de este tipo de situaciones en los arts. 10 y 39 de la CE, expresivos el primero del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y el segundo de la protección de la familia, sin distinguir entre la matrimonial y la extramatrimonial.

Fundamento al que también aluden las SSTS 18 mayo 1992 y 21 octubre del mismo año y la de 18 febrero 1993 ⁸.

2.º) Con la excepción de la STC de 11 diciembre 1992, seguida por las de 18 enero y 8 febrero 1993,⁹ en las que a propósito de la subrogación arrendaticia prevista en el art. 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se sienta el criterio de que, al menos respecto de este extremo, la distinción entre matrimonio y unión de hecho carece de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional y, además, entra en contradicción con otros fines protegidos por la propia Constitución, el resto de la sentencias recientemente dictadas tanto por el Tribunal Constitucional (especialmente la de 15 noviembre

⁷ RTC 1990\184; RTC 1991\38; RTC 1992\222

⁸ RJ 1992\4907; RJ 1992\8589; RJ 1993\1246

⁹ RTC 1993\6; RTC 1993\47

1990, continuada por las de 14 febrero 1991 y 9 marzo 1992, como por el Tribunal Supremo (Sentencias de 18 mayo, 21 octubre y 11 diciembre 1992, y 18 febrero 1993)¹⁰ han venido destacando que el matrimonio y la unión de hecho no son situaciones jurídicamente equivalentes, como así se infiere del tenor del art. 32 de la Constitución que reconoce expresamente la especial protección que ha de merecer el primero.

Esta diferencia de trato se justifica tanto por razones de certidumbre y seguridad jurídica, como por la coherencia de la opción elegida por la pareja, pues parece lógico que si se ha decidido libremente no someterse a los derechos y obligaciones inherentes a la institución del matrimonio, no cabrá luego imponerlos por vía coactiva cuando surjan dificultades o quiebre la convivencia. Lo contrario sería posibilitar una especie de «matrimonio a la carta» (expresión utilizada en voto particular a la STC 8 febrero 1993) a través de una unión de hecho que se equipara con aquél en las ventajas pero no en los inconvenientes.

3.º) Esta falta de identidad de razón excluye, en términos generales, la posibilidad de aplicar las normas del matrimonio a las uniones de hecho por vía de la aplicación de la analogía (art. 4 del Código Civil). No concurre entre uno y otro caso igualdad jurídica esencial, la misma razón en Derecho que conduzca a un tratamiento uniforme. Como expresivamente señala la STS de 22 julio 1993,¹¹ la aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico-matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas.

¹⁰ RTC 1992\29; RJ 1992\4907; RJ 1992\8589; RJ 1992\9733

¹¹ RJ 1993\6274

En este mismo sentido se ha orientado un sector de la doctrina, al menos cuando se analizan las relaciones entre cónyuges, flexibilizando en mayor medida las soluciones cuando los efectos de esa convivencia se proyectan frente a terceros.

4.º) A fin de dar respuesta a las exigencias de equidad y justicia material que impone esta realidad social, y paliar las graves injusticias que muchas

veces conlleva la ruptura de esa relación, la jurisprudencia ha acudido a diversos medios, en especial, a la posibilidad de pactar expresa o tácitamente el régimen ganancial o el de comunidad de bienes (Sentencia de 21 octubre 1992), la aplicación analógica de las normas de la comunidad ordinaria o de la sociedad irregular (Sentencia de 18 mayo 1992) y la doctrina del enriquecimiento sin causa (Sentencia de 11 diciembre 1992), o por obligaciones derivadas de culpa o negligencia del artículo 1902 CC.

Como determina la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001, con cita de la anterior STS de 22 de julio de 1993 las llamadas "uniones de hecho" o "*more uxorio*" constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ser admitida, no sólo por el Tribunal Supremo (así STS de 21 de octubre de 1992), sino por el mismo Tribunal Constitucional en sentencia de 18 de enero de 1993, como señala SERRANO CHAMORRO.¹² Ciertamente que la precedente regulación por el Derecho Romano no llegó a una normativa del "*concubinatus*", o unión no matrimonial estable, a la que faltaba no obstante la "*affectio maritalis*", si bien los emperadores cristianos se preocuparon de su aproximación al matrimonio con la exigencia de la monogamia y la prohibición del parentesco y de la afinidad y llega a trocarse con Justiniano en una unión conyugal de inferior categoría.

¹² SERRANO CHAMORRO M^a EUGENIA. Catedrática de E.U., de Derecho Civil de la Facultad de Comercio de la Universidad de Valladolid. *Las parejas de hecho y su marco legal.*, p. 92 y ss. Editorial Reus. 2014.

El sistema de nuestra Codificación civil, al igual que el de otros países latinos que siguieron el modelo francés, en que el Código de Napoleón se desentendió de los concubinos porque estos se habían desentendido de la Ley, fue el de no ocuparse de estas uniones familiares de hecho, que si bien no previstas por el legislador, no se encontraban tampoco prohibidas y que resultaban por ello ajurídicas, pero no antijurídicas. Carentes de una normativa al respecto, producían una serie de efectos, tanto personales como

patrimoniales con trascendencia jurídica en las parejas no casadas; cuyo presupuesto básico lo constituye la vida paraconyugal de la pareja heterosexual por tiempo indefinido y cuya relación de afectos, relaciones e intereses puede romperse por la voluntad unilateral de una parte. Para identificarlas la terminología que ha utilizado la doctrina civilista ha sido variada: "parejas no casadas", "uniones extramatrimoniales", "uniones de hecho" o "*more uxorio*", etc; encontrando su reconocimiento, no como matrimonio, sino como familia. Lo que supone que no se busca tanto la identificación de la unión entre un hombre y una mujer como su definición de una forma social de conformar una familia permanente y estable. Con base en ello podemos señalar como nuestro Código Civil proclama en su art. 39.1 que "los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia", distinguiendo así la familia y el matrimonio. Por lo que, al regular la protección de la familia, no se recoge un específico concepto de la familia matrimonial, como ha tenido ocasión de señalar el TC en Sentencias como la del Pleno, de 11 diciembre 1992 (núm. 222/1992)¹³.

Así pues, desde la perspectiva constitucional, la norma magna en su artículo 32 en relación con el artículo 39, dispone que "*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*". Se establece en dicho precepto un derecho para las personas, pero no una obligación para que se puedan derivar efectos jurídicos a la convivencia entre dos personas que desean hacer vida en común y constituir así una pareja de hecho.

¹³ BOE» núm. 16, de 19 de enero de 1993, páginas 26 a 37. BOE-T-1993-1243

Como prueba de la protección constitucional a la familia, no solo como forma matrimonial, ha quedado constatada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 14 de diciembre de 1992 al decir que: "*Nuestra Constitución no ha identificado a la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no solo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts 32 y 39) sino también, junto a ello,*

por el mismo sentido aparador y tuitivo con el que la norma fundamental considera a la familia”.

En esta cuestión hemos de hacer énfasis de como destacó el TS en sentencias como la de 28 de mayo de 1992 y de 29 de octubre de 1997 que esta realidad carece de normativa específica, considerándola como una realidad ajurídica aunque no antijurídica, debido a que no ha recibido norma legal que la regule. Esto no quiere decir que no tenga trascendencia jurídica y que los casos que se planteen, no deban ser resueltos conforme al sistema de fuentes establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

Con nuestro Alto Tribunal, podemos dar una definición de las parejas de hecho, basándonos para ello en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998, que consideraba que *“la convivencia more uxorio, era entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho; es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho”.*

Como determina la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993 las llamadas "uniones de hecho" o "*more uxorio*" constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ser admitida, no sólo por el Tribunal Supremo (así STS de 21 de octubre de 1992), sino por el mismo Tribunal Constitucional en sentencia de 18 de enero de 1993.¹⁴

¹⁴ RJ 2001/4993; RJ 1992/8589; RJ 1993/6274

Ciertamente que la precedente regulación por el Derecho Romano no llegó a una normativa del "*concubinatus*", o unión no matrimonial estable, a la que faltaba no obstante la "*affectio maritalis*", si bien los emperadores cristianos se preocuparon de su aproximación al matrimonio con la exigencia de la monogamia y la prohibición del parentesco y de la afinidad y llega a trocarse con Justiniano en una unión conyugal de inferior categoría. El sistema de

nuestra codificación civil, al igual que el de otros países latinos que siguieron el modelo francés, en que el Código de Napoleón se desentendió de los concubinos porque estos se habían desentendido de la Ley, fue el de no ocuparse de estas uniones familiares de hecho, que si bien no previstas por el legislador, no se encontraban tampoco prohibidas y que resultaban por ello ajurídicas, pero no antijurídicas. Carentes de una normativa al respecto, producían una serie de efectos, tanto personales como patrimoniales con trascendencia jurídica en las parejas no casadas; cuyo presupuesto básico lo constituye la vida para conyugal de la pareja heterosexual por tiempo indefinido y cuya relación de afectos relaciones e intereses puede romperse por la voluntad unilateral de una parte.

La terminología de la doctrina civilista ha sido variada: "parejas no casadas", "uniones extramatrimoniales", "uniones de hecho" o "*more uxorio*", etc; encontrando su reconocimiento, no como matrimonio, sino como familia. Nuestro Código Civil proclama en su art. 39.1 que los poderes públicos aseguran "la protección social, económica y jurídica de la familia", distinguiendo así la familia y el matrimonio.

Estas son las directrices que podemos encontrar en la doctrina científica para buscar una definición de pareja de hecho, pero además tenemos las definiciones judiciales.

Así el Tribunal Supremo se ha referido a las parejas de hecho con denominaciones como: familia natural (STS de 29 de octubre de 1997), situación de hecho con trascendencia jurídica (STS de 10 de marzo de 1998), realidad ajurídica con efectos jurídicos (STS de 27 de marzo de 2001), realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 5 de julio de 2001). Ha destacado que carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal (SSTS de 28 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997) lo que se resume así:¹⁵ la convivencia *more uxorio*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia

jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho.

Las sentencias de nuestras Audiencias Provinciales han coincidido en destacar «la plena legalidad de la convivencia *more uxorio*, calificando las uniones de hecho, siguiendo la línea marcada por el Tribunal Supremo de «... situaciones ajurídicas, no antijurídicas» (SSAP de Madrid, de 22 de marzo de 1995; Barcelona, de 7 de abril de 1999; de Toledo de 13 de diciembre de 2000; A Coruña, de 20 de junio de 2003; Murcia, de 8 de marzo de 2004; Madrid, de 12 de mayo de 2005 y Murcia de 12 de diciembre de 2006).

Estamos ante una opción familiar amparada en el principio del libre desarrollo de la personalidad, como fundamento del orden político y la paz social, consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución. Otros preceptos de nuestra fundamental norma dan también cobertura a las parejas de hecho. Tal sucede con el artículo 9.2 CE, que impide la discriminación de estas situaciones, de conformidad con los principios de libertad e igualdad tanto del individuo como de los grupos en que éste se integra; y, sin duda, con el artículo 39 CE, que proclama la protección de la familia y ésta no es sólo la fundada en el matrimonio, sino también la que se basa en la convivencia *more uxorio*.

¹⁵ RJ 1997/ 7341; RJ 1998/ 1272; RJ 2001/ 4993; RJ 1992/ 4907 y RJ 1997/ 7341

PÉREZ VILLALOBOS,¹³ indica que toda la regulación sobre el matrimonio no es exclusiva del Estado, pues «si se hubiese querido reservar al Estado todo lo relativo al matrimonio, no sólo la legislación civil sino también la mercantil o laboral, lo lógico habría sido dedicarle una regla específica en el artículo 149.1.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) exclusivamente referida al matrimonio y no puede afirmarse que todo el Derecho civil matrimonial le quede reservado al Estado, pues supondría mutilar la competencia de conservar,

desarrollar y modificar de las Comunidades Autónomas forales. Por tanto es competencia del

Estado la legislación civil del sistema matrimonial (requisitos materiales y formales y extinción), sin incluir la regulación de sus consecuencias económicas ni los demás efectos del matrimonio. Aunque las uniones de hecho carezcan de una regulación genérica en nuestro sistema jurídica general, no es menos cierto que existe una ausencia de normas a propósito de dar solución a determinadas consecuencias jurídicas que pueden derivarse de ellas.

Y el Código Civil establece en su art. 101 una específica consecuencia para el caso de que el acreedor de la pensión compensatoria «viva maritalmente con otra persona»; de igual modo, en el art. 320.1.º se establece la posibilidad de que el Juez conceda la emancipación cuando quien ejerza la patria potestad «conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor»; el art. 108 se refiere a la filiación no matrimonial; la Ley 7 julio 1981, de reforma del CC, señala en su disposición adicional 10.ª, el derecho a percibir pensiones, no sólo del cónyuge, sino de «quienes no hubieren podido contraer matrimonio, pero han vivido como tal»; y en materia de adopción la Ley 11 noviembre 1987, en la disp. adic. 3.ª, considera capaces para adoptar al hombre y a la mujer «integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la

¹³ PÉREZ VILLALOBOS, *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Edit. Civitas. Madrid. 2008, p. 163

conyugal», lo que se recoge también entre los requisitos de idoneidad para el ejercicio de la adopción previstos en el artículo 176 del Código Civil.

Por su lado, la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite la utilización de técnicas de reproducción asistida a parejas no casadas, y en el Código Penal aparecen referencias a

estas uniones en artículos como el art.11, el art. 18 o el artículo 425.

La Ley de 26 de marzo de 1984, de Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, concede efectos determinados al cónyuge y «a la persona que se halle ligada por análoga razón de afectividad o convivencia».

Por todo ello, las uniones de hecho o «more uxorio» constituyen una realidad social cuya integración en el orden jurídico no está resuelta más que de modo fragmentario, en la legislación estatal, así pueden citarse, entre otros, el art. 3 la Ley Orgánica de 24 de mayo de 1984, reguladora del «Habeas Corpus», los arts. 11, 18, 153 (delito de violencia física habitual), art. 424 (delito de cohecho), art. 443 (delito de solicitud sexual por funcionario público), y art. 444.2 (delito de solicitud sexual por funcionario de prisiones), art. 454 (exención de responsabilidad criminal para encubridores), art. 617.2 (faltas contra las personas) del CP, la disposición adicional 1ª de la Ley 7 de julio de 1981, sobre prestaciones a la Seguridad Social, y derechos pasivos, el artículo 12.4 y 16.1. b) de la Ley 29/1994, de 29 de noviembre de Arrendamientos Urbanos, la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social, por la que se acuerda dispensar asistencia sanitaria a las personas que, sin ser cónyuge, convivan con el titular del derecho, así como a los hijos de aquélla, art. 219 de la LOPJ (causas de abstención de jueces), prohibición de pertenecer a la misma Sala (391 LOPJ), la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que establece el Anexo, en la Tabla 1 sobre indemnizaciones por causa de muerte señala que «las uniones conyugales de hecho consolidadas se asimilarán a las situaciones de derecho», y las SSTC núm. 66/1994, de 28 de febrero y 222/1992, de 11 de diciembre entre otras.

Por último, después de tanto tiempo, por fin, la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, equipara al matrimonio el vínculo de unión de hecho al regular las incompatibilidades y prohibiciones de Jueces y Magistrados, así como al enumerar causas de abstención y recusación. Causas, incompatibilidades y prohibiciones que afectan igualmente a los miembros del Ministerio Fiscal.

Hasta no hace mucho tiempo, la realidad social española nos presentaba como una situación normal la existente en la relación permanente entre hombre y mujer formalizada por el matrimonio, y como situación anormal la misma relación permanente, libre o no formalizada, por lo que las uniones extramatrimoniales o parejas no casadas eran miradas en otro tiempo con recelo y tratadas con rigor, pero hoy día ya no tanto, afortunadamente, y son cada vez más frecuentes, porque aunque nuestro Código Civil omite toda referencia a ellas, el artículo 39 de la Constitución Española, parece venir a reconocerlas, aunque sea de forma implícita, cuando al referirse a la «familia», sin adjetivos, se refiere tanto a la familia fundada en el matrimonio como a la extramatrimonial, debiendo apreciarse así no sólo por aplicación del clásico principio *«ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus»*, sino también porque el apartado 2 de dicho artículo establece *«la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...»*, dando igual tratamiento, por tanto, a los matrimoniales como a los extramatrimoniales, reconocimiento de las uniones de hecho que se han producido también jurisprudencialmente, como, por ejemplo, en la STS de 18 mayo 1992 ¹⁴, que en su fundamento de derecho 3.º proclama que *«las uniones libres, aunque estén carentes de normativa precisa, no por eso son totalmente desconocidas por el Ordenamiento Jurídico. La CE no las prevé, pero tampoco expresamente las prohíbe o rechaza y así se desprende de la lectura de su artículo 32 en relación con el artículo 39, que se proyecta a la protección de la familia de forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio como por la unión de hecho»*.

¹⁴ RJ 1992\4907

Cuando se constituyen tales uniones, pueden celebrarse pactos o contratos que regulen su relación. Para ALBADALEJO estas situaciones sólo son admisibles tomando la palabra contrato en el sentido de acuerdo de

voluntades o negocio jurídico, pero no en su acepción rigurosa, que se reduce a los acuerdos de voluntades en materia patrimonial. Aunque posteriormente reconoce que no hay inconveniente en decir que el matrimonio es un contrato. Y si los fines que busca servir el pacto capitular que sea, no son ni contrarios a la ley o buenas costumbres o del tipo discriminatorio que el Código quiere evitar, y, en el caso de éstos no atentan contra la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, no se ve por qué tal pacto no vaya a ser admisible.¹⁵

Pues bien, de tales uniones de hecho, cuando se extinguen, a pesar de que el Ordenamiento Jurídico español las ignora, salvo en aspectos muy concretos, surgen previsiones normativas que tienen como destinatarios a los hijos, ya que éstos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (artículo 39.2 CE), como ya se ha dicho, y, habidos dentro o fuera del matrimonio, los padres deben prestarles asistencia de todo orden (artículo 39.3 CE), precisamente, entre otros motivos, como dice la STC 184/1990, de 15 noviembre,¹⁶ «porque su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos», y en esa asistencia, dentro de la patria potestad como función, es decir, como derecho-deber, está el velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, según el artículo 154.1.º del Código Civil, deberes y facultades que se engloban dentro del concepto de relaciones paterno-filiales, aspecto esencial de las cuales es el referente a la obligación de alimentar a los hijos menores de edad no matrimoniales, tema a tratar en el presente

¹⁵ ALBADALEJO, M.: *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia* 2ª edición. Barcelona, 1984. Ed. Bosch, pp. 31 y 137.

¹⁶ BOE núm. 289 de 3 de diciembre de 1990, pp. 31 a 36.

recurso, en el que a la hora de decidir si el padre está obligado a prestar alimentos a tales hijos, no existe problema alguno y la respuesta ha de ser afirmativa desde el momento en que la Constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento en el artículo 39.2 e impone a los

padres, sin acepción de cualidad, en el apartado 3 del mismo artículo, el deber de prestar «asistencia de todo orden» a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, expresión que por su amplitud engloba y comprende, naturalmente, la asistencia alimenticia, y con la normativa que desarrolla el Título VI del Libro I del Código Civil (artículos 142 y ss), relativa a los «alimentos entre parientes», tenemos resuelto el tema relativo al derecho sustantivo aplicable al derecho de alimentos de los hijos habidos de una unión de hecho, por aplicación del artículo 143.2.º del Código Civil, e incluso por aplicación analógica de los artículos 90 a 96 del mismo Código, aunque éste dedique estos preceptos, comprendidos en el Capítulo IX del Título IV, a regular lo que denomina “de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» en relación con los hijos matrimoniales, pues el artículo 4.1 del mismo cuerpo legal avala la procedencia de la aplicación de estas normas dada la identidad de razón y la falta de regulación específica que atañe a los hijos nacidos de uniones libres”.

De igual modo, desde hace tiempo comienza a abrirse paso una línea doctrinal en resoluciones de los distintos Juzgados y Tribunales españoles de las que pueden extraerse algunas conclusiones en cuanto a la eficacia de estas uniones de hecho. Así, y además de la Sentencia del Pleno del TC de 11 diciembre 1992, que declaró la inconstitucionalidad del art. 58.1 LAU, por excluir de la prórroga legal del contrato de arrendamiento a las personas que no hubieran contraído matrimonio, son de señalar, la sentencia del TS de 3 julio 1984, que partió de la adquisición conjunta de una vivienda por una pareja que mantenía vida en común y que fue comprada por uno de ellos, para declarar que el inmueble pertenecía a ambos proindiviso y partes iguales; o la sentencia del mismo Tribunal, de 13 junio 1986,¹⁷ que declaró la validez de una cláusula

¹⁷ BOE» núm. 16, de 19 de enero de 1993, páginas 26 a 37; RJ 1984\3794 y RJ 1986\3549

testamentaria en virtud de la cual se legaba el usufructo vitalicio de un inmueble a la compañera del fallecido; o también la de 18 mayo 1992 sobre liquidación de bienes adquiridos durante la convivencia.

Serán los convivientes los que en virtud de la libre autonomía de su voluntad, fijarán los pactos que estimen convenientes. Para GALLEGO DOMÍNGUEZ la viabilidad del pacto no puede discutirse y es admitida por la doctrina unánimemente. En consecuencia los integrantes de la unión extramatrimonial pueden, de común acuerdo, determinar y regular las cuestiones relativas a las incidencias patrimoniales de su situación, tanto para su vigencia como para cuando se extinga la convivencia.¹⁸ BALESTRA lleva a cabo un completo estudio de esta cuestión también coincidente con lo expuesto anteriormente.¹⁹

Por otra parte, ante la crisis de las uniones de hecho, los órganos jurisdiccionales se han vistos obligados a pronunciarse sobre las consecuencias personales y patrimoniales derivadas de la ruptura de la convivencia acudiendo, para su adecuada resolución, y no sin vacilaciones e incluso contradicciones, a las normas reguladoras de los efectos de la crisis matrimonial, aplicándolas por analogía «ex» artículo 4.1.º del Código Civil, respecto de la guarda y custodia y alimentos de los hijos, derecho de visitas y atribución de la vivienda familiar, y con respecto a los efectos patrimoniales aplicando los preceptos que regulan la sociedad de gananciales o el enriquecimiento injusto y para su liquidación los de la sociedad irregular. Por ello, poca trascendencia ostenta la denominación que a tal unión «more uxorio» o a los integrantes de la misma se les otorgue, pues, en definitiva, lo que se trata es de regular los derechos de los convivientes, teniendo en cuenta que la doctrina mayoritaria, entiende que el concepto de «cargas del matrimonio» se configura respecto de una familia en situación de convivencia, es decir, «la disciplina de las cargas del matrimonio es la respuesta

¹⁸ GALLEGO DOMÍNGUEZ *Las parejas...*, op, cit. pp. 104 y ss.

¹⁹ BALESTRA L. "Convivenza more uxorio e autonomía contrattuale", *Giustizia Civile*: ISSN 0017-0631, N.º. 1, 2014, pp 133-161

del ordenamiento a la realidad sociológica de la familia en situación nuclear como unidad de consumo».

Pues bien, dado que los hijos no matrimoniales pueden haber nacido

como consecuencia de relaciones no estables o en el seno de una «unión de hecho», equiparable a la unión matrimonial, puesto que nos encontramos ante situaciones donde los hijos tienen una equiparación igualitaria a los efectos de la aplicación de la ley y del ejercicio de sus derechos, la única diferencia es que el tratamiento jurídico procesal de los supuestos, aunque los supuestos sean iguales, puede ser distinto en uno y otro caso, según la vía jurídica por la que se opte para el reconocimiento de los derechos.

Para VILLAGRASA ALCAIDE es materia controvertida la referida a la acreditación de la pareja de hecho, pues no solo debe acreditarse la existencia de una relación sentimental o afectiva de convivencia en pareja, sino que también debe probarse que ésta relación se ha desarrollado con la estabilidad suficiente para su reconocimiento como tal y para la atribución de los correspondientes efectos jurídicos.²⁰

También resulta preciso resaltar que la validez de los acuerdos que pueden celebrar quienes constituyen una unión no matrimonial con el objetivo de regular sus relaciones tanto durante la permanencia de su convivencia como los efectos en caso de producirse el cese o ruptura de la misma, tienen plena validez siempre que su contenido sea patrimonial, dado que, en definitiva, quienes así obran y se conducen no hacen sino hacer uso de la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 del Código Civil y que es un principio general de nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, para PEREZ UREÑA, en un estudio de la materia desde el punto de vista del ámbito europeo, la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 de marzo de 1988 orienta a que los contratos de

²⁰ VILLAGRASA ALCAIDE CARLOS. "Capítulo 14 Las parejas estables". Derecho de familia, *Edit. Boch.* 2011.,pp. 596.

naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas, que regulan las relaciones patrimoniales entre ellas o en período ulterior a su cesación no puedan tenerse como nulos por el mero hecho de haberse celebrado en tales situaciones²¹.

Sin embargo, otro debe ser el criterio cuando los unidos en una relación no matrimonial pactan sobre temas no sometidos totalmente a su disposición como son los alimentos de los hijos y cuantas medidas puedan afectarles directamente, ya que, igual que ocurre en el convenio regulador de la crisis matrimonial, dichas materias escapan de la libre disponibilidad de los cónyuges y ha de fomar parte, necesariamente, del contenido de la sentencia que se dicte en un proceso de separación, nulidad o divorcio, habida cuenta de que aunque se van a tener en consideración los pactos a los que lleguen los convivientes al igual que los cónyuges, como medida protectora de los menores va a intervenir el Ministerio Fiscal para emitir informe sobre las medidas que se le presentan en dichos pactos y en última instancia en función de dicho informe, dictaminará un juez sobre cuál de dichas medidas sean más convenientes y protectoras para los menores; por ello, como dicho trámite se produce tanto en casos de crisis matrimoniales como de parejas de hecho, cabe la aplicación analógica del artículo 90 del Código Civil en cuanto regula los requisitos del convenio regulador para los casos de mutuo acuerdo en la regulación de los efectos derivados de la ruptura de la unión extramatrimonial en relación a los hijos habidos de la misma, que si bien, por lo dicho, no son vinculantes para el Juzgado, sí sirven por lo menos como criterio orientativo a la hora de adoptar las correspondientes medidas acerca de los alimentos, guarda y custodia, uso y disfrute de la vivienda familiar y ejercicio del derecho de visitas.

²¹ PEREZ UREÑA, A. “Las relaciones patrimoniales de las parejas de hecho. Praxis jurisprudencial.” *EL DERECHO.COM*

La doctrina científica, ha proporcionado definiciones de esta forma de relación social como la realizada por ESTRADA ALONSO ²² quien define la unión extramatrimonial, como “una convivencia heterosexual, monogámica, estable, informal y notoria de dos individuos que carecen de impedimentos para

contraer matrimonio entre sí". No obstante, para MESA MARRERO las uniones pueden tener carácter tanto heterosexual como homosexual.²³

Estos diferentes criterios doctrinales que se puede observar en la búsqueda de un criterio definidor de estas relaciones extramatrimoniales, queda resuelto con la promulgación de la ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Se permite así el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Ante la ausencia de legislación, ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado con detenimiento de este tema, resolviendo los casos concretos que han llegado a la Jurisdicción, prácticamente siempre en relación con la disolución o ruptura de la convivencia por razón de muerte o de voluntad unilateral. Se ha referido a la misma como familia natural (sentencia de 29 de octubre de 1997), situación de hecho con trascendencia jurídica (sentencia de 10 de marzo de 1998), realidad ajurídica, con efectos jurídicos (sentencia de 27 de marzo de 2001), realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 5 de julio de 2001). Ha destacado que carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal (sentencias de 18 de mayo de 1992) y (29 de octubre de 1997)²⁴ lo que se resume así: la convivencia «more uxorio», entendida como una relación a

²² ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil Español*, 2ª ed., Civitas. Madrid. 1991.

²³ MESA MARRERO. *Las uniones de hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*. Edit. Aranzadi. 2006

²⁴ RJ 1997, 7341; RJ 1998, 1272; RJ 2001, 4770; RJ 2001, 4993; RJ 1992, 4907; RJ 1997, 7341.

semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con

arreglo al sistema de fuentes del Derecho.

La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica. Respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico- matrimonial (sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997). Aplicando los principios generales del Derecho, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (sentencia de 10 de marzo de 1998) y que ha aplicado por analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil (sentencias de 5 de julio de 2001) y (16 de julio de 2002) . No se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se 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 (sentencias de 10 de marzo de 1998, cuyo párrafo ha sido transcrito y 27 de marzo de 2001) ²⁵.

En esta línea es importante la doctrina consagrada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, al considerar que la familia protegida en la Constitución es sólo la que tiene su origen en el matrimonio.

²⁵ RJ 1992, 8589; RJ 1994, 3753; RJ 1994, 7492; RJ 1994, 8946; RJ 1994, 10391; RJ 1997, 1640; RJ 1998, 1272; LEG 1889, 27; RJ 2001, 4993; RJ 2002, 6246; RJ 1998, 1272; RJ 2001, 4770

Y esto se desprende de los siguientes argumentos:

1º "...el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho

constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio...”.

2º “...la unión de hecho *more uxorio* ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento.

3º “...decisión ésta libremente adoptada por los sujetos de la unión de hecho y que diferencia el supuesto constituido por las medidas que afectan sólo a los integrantes de dicha unión respecto de otras previsiones normativas que tienen como destinatarios a los hijos, ya que éstos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2 CE) y a los cuales, habidos dentro o fuera del matrimonio. Y es asimismo diferente aquel supuesto del que se refiere a la necesaria protección de las madres cualquiera que sea su estado civil, ya que en este caso resultan comprometidos otros intereses y valores distintos a los de los solos integrantes de la unión estable de hecho...”.

Esta sentencia tuvo un voto particular del Magistrado Vicente Gimeno Sendra, en el sentido siguiente:

“Ciertamente el derecho a contraer matrimonio es un derecho expresamente reconocido en la Constitución, pero de esa declaración no se infiere, en mi opinión, que la Constitución no reconozca un pretendido derecho a formar una unión de hecho, ni que la familia no matrimonial permanezca, a nivel constitucional, desprotegida. Para alcanzar esta conclusión se haría preciso identificar el concepto de familia del art. 39.1 con el de familia matrimonial, o lo que es lo mismo, proyectar el artículo 32.1 sobre el artículo 39.19, pero esta identificación, no sólo no se cohonesta con la protección de los hijos ilegítimos o de las madres solteras que el párrafo segundo del mismo precepto también declara, sino tampoco la impone la redacción de la norma constitucional que utiliza simplemente el término familia (y no el de familia fundada en el matrimonio) y tan familia es la unión de dos cónyuges que, en su día, suscribieron el correspondiente convenio de matrimonio como la unión

afectiva y estable de una pareja (...), nuestra Constitución protege, no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural, por lo que, junto a la familia matrimonial, también han de merecer protección constitucional las denominadas uniones conyugales de hecho...". Frente a este criterio adoptado por el Tribunal Constitucional, los alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el art. 39 CE. Tal obligación resulta por modo inmediato del hecho de la generación y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, art. 154.1 del Código Civil " y añade, "aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Tít. VI, Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad (art. 154.1 CC), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia - así, art. 145.3 CC- y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados".

Por ejemplo en la STS de 7 de julio de 2004,²⁶ se solicita por el padre en su demanda la guarda y custodia de su hijo. En la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se atribuye la guarda y custodia a la madre, asignándole al padre un régimen de visitas. Recurrída la sentencia en casación, el Tribunal Supremo dicta sentencia por la que establece que en la adopción de las medidas a tomar respecto de los hijos menores de edad, sean matrimoniales o

²⁶ RJ2004/5108

no matrimoniales, es preponderante el interés de los hijos, cuya protección se encomienda al juzgador y así se establece en el art. 158 del Código Civil, al facultar al Juez para que, de oficio, adopte las medidas en él contempladas, e, igualmente, en el art. 91 se impone al Juez la obligación de adoptar las medidas pertinentes, a falta de acuerdo entre los cónyuges, principio que es

aplicable fuera de los procesos matrimoniales.

Por ello al proveer el Juzgador a la necesidad de vivienda del menor y de la madre a cuya guarda y custodia se le confía en la forma que se ha transcrito no ha incurrido en incongruencia puesto que, en estos casos, el Juzgador no está vinculado a la concreta forma de satisfacer estas necesidades del hijo a lo peticionado por los padres litigantes. Al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo segundo del recurso denuncia aplicación indebida del art. 96 del Código Civil y su jurisprudencia interpretativa. En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia "*more uxorio*" y ante la falta de una regulación legal de estas uniones, dice la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 ²⁷ que "*es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el art. 1.1 del Código Civil y matiza el apartado cuarto del mismo artículo y añade " y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho"*.

Si esto es así con relación al conviviente, con mayor razón ha de aplicarse este principio general cuando se trata de la protección de los intereses de los hijos menores de edad.

El Tribunal "a quo" ha realizado una ponderada valoración de los intereses de ambas partes al estimar más digno de protección el del hijo menor y el de su madre a la que se confía la guarda y custodia.

²⁷ RJ1998/1272

El marco normativo de la decisión jurisdiccional sobre la custodia es claro, conforme a los principios constitucionales, así en el art. 39 de nuestra Carta Magna, convenios internacionales de protección de los derechos del niño -Convención de la O.N.U. de 20-11-1989 -,²⁸ y normativa de las reglas internas del Derecho de Familia -art. 92 y ss. y 154 y ss. del CC y Ley de Protección del Menor - todas las decisiones sobre la atribución, ejercicio de la patria potestad,

custodia de los hijos, y régimen de comunicación y visitas del progenitor apartado de la custodia, han de adoptarse en beneficio del interés del hijo menor (principio del "*favor filii*") y con audiencia del propio hijo cuando sea mayor de doce años o incluso si es menor y tiene suficiente juicio.

El principio inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos, es el de que su interés debe prevalecer por encima de cualquier otro interés, incluido el de sus padres o progenitores, consagración de dicho principio que se encuentra recogido de forma expresa en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 103, 154 y 170) y en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, latiendo en todas ellas la idea de que el beneficio de los hijos o menores constituye la razón de ser o el fundamento de las prescripciones legales.

Como igualmente señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de septiembre de 1996,²⁹ el interés superior del menor, como principio inspirador de todo lo relacionado con él, vincula al Juzgador, a todos los Poderes Públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración

²⁸ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904

²⁹ RJ 1996/6722

familiar y social (artículo 158 CC).

Como señala ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA el interés y beneficio del menor constituyen la primera pauta y el primer principio a tener en cuenta en el ejercicio de la potestad sobre los hijos, y tiene naturaleza de orden público. Debe procurarse su ejercicio teniendo en cuenta la personalidad de los

menores, esto es, con especial observancia del conjunto de características, condiciones, aptitudes y aficiones del sujeto a ella. La situación familiar en el momento de la ruptura de la convivencia de los progenitores es uno de los elementos que influyen con mayor frecuencia e intensidad en las resoluciones judiciales, siempre que su mantenimiento no sea perjudicial para los menores, Se trata, en principio, de no alterar la vida del menor y la forma de desarrollarse ésta, o hacerlo en el menor grado posible. ³⁰

Es esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio, y la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra insita en la convivencia "more uxorio", la que explica el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por "analogía legis" de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no impide a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la "analogía iuris" - como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado-, cuando por "*facta concludentia*" se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común (Sentencias de 22 de febrero y de 19 de octubre de 2006) ³¹, pues los bienes

³⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA LUÍS. "¿Qué es una unión análoga al matrimonio?" Actualidad Jurídica Aranzadi num. 921/2016 parte Opinión. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016.

³¹ RJ 2006/831 y RJ 2006/8976

adquiridos durante la convivencia no se hacen, por ese mero hecho, comunes a los convivientes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido, salvo que, de forma expresa o por medio de hechos concluyentes o *facta concludentia* se evidencie el carácter común de los mismos (Sentencia de 8 de mayo de 2008). Para llegar a conocer de tales hechos, será necesario observar dichos actos los efectos que han producido, al objeto de poder aplicarles el carácter común

de los mismos.

Insistiendo en lo anterior, debemos establecer el criterio establecido por la Sala 1^a del Tribunal Supremo -cfr. Sentencias de 12 de septiembre de 2005, de Pleno, y 19 de octubre de 2006, y tras ellas, la de fecha 8 de mayo de 2008, en recurso de casación 1428/2001- ha acudido al mecanismo de la analogía "iuris" para extraer, por inducción, un principio inspirador con arreglo al cual se pueda resolver la cuestión consistente en cuáles han de ser las consecuencias económicas derivadas del cese de la convivencia "*more uxorio*", presupuesta la ausencia de norma específica legal y la falta de pacto, expreso o tácito, establecido por los miembros de la pareja.

En estos términos ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA dice que uno de los objetivos que persiguen las reformas legales de 2015 en materia familiar es continuar la equiparación entre el matrimonio y la pareja de hecho. Esta reforma se opera por la simple adición a continuación de la palabra "cónyuge" de la alternativa "o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal". Esta expresión reúne todas las características de concepto jurídico indeterminado que a diferencia de la discrecionalidad, requiere siempre una única solución, sin alternativas. Como los operadores jurídicos que tienen que interpretar este concepto son innumerables, se incrementa la dificultad de acierto. Para él estas uniones se definen por su "relación de afectividad" que ha de ser "análoga" a la "matrimonial", Por de pronto, sorprende que se hable de afectividades y no de afectos. El afecto es pasión de ánimo, sinónimo de amor o cariño, pero menos intensivo que aquél, mientras que la afectividad sólo es la calidad de afectivo. Una persona puede estar unida por el afecto o el amor, no por la afectividad. Y en este caso, ha de ser análogo, o sea, "en algún aspecto o cosa, ha de ser igual", al "matrimonio". Por tanto, para averiguar qué afectos son análogos al matrimonio hay que ver qué es éste.³²

Como se precisa en la STS de 8 de mayo de 2008,³³ " hay, sin duda, otros argumentos capaces de justificar la procedencia de la compensación económica en los casos en los que se produce un desequilibrio tras el cese de la convivencia al modo marital. Se basan éstos, en unos casos, en el principio

general de protección al perjudicado, enraizado en el principio constitucional que proclama la dignidad de la persona y el desarrollo de la libre personalidad - artículo 10.1 de la Constitución-, que sitúa el centro de atención, no en el hecho de si se han efectuado aportaciones económicas o se ha sufrido un empobrecimiento, sino en la circunstancia de que haya habido importantes aumentos patrimoniales durante la convivencia y en la dedicación al trabajo y atención al hogar, dejando al conviviente que la ha prestado al margen de todo beneficio económico.

En otros casos, la justificación de la compensación económica viene de la mano de la aplicación al cese de la convivencia "*more uxorio*" de las reglas previstas en el Código Civil para la fijación de las consecuencias derivadas de la ruptura matrimonial -artículos 97, 98 y 1438 Cc- con base en la similitud relativa entre uno y otro caso -y, desde luego, con base en el concepto amplio de familia que ha elaborado el Tribunal Constitucional (STC 222/1992)-, que justifica un método de integración que conduce a aplicar a las situaciones de hecho las consecuencias establecidas para la disolución -o nulidad, según el caso- del vínculo matrimonial sin necesidad de sostener la semejanza entre dos instituciones que son distintas -sin necesidad, por lo tanto, de recurrir a sistemas de integración basados en la analogía-, y sin que sea preciso acudir a la figura del enriquecimiento injusto.

³² ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA LUÍS. *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Edit. Boch. 2013. pp 44-45 y 1328.

³³ RJ 2008/2833

La Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencia núm. 1048/2006 de 19 octubre,³⁴ resolvió la cuestión suscitada por la demandante mujer de una pareja de hecho solicitando el 50 % de los bienes de la pareja, dejando dicho que "la adecuada respuesta a la cuestión suscitada pasa, ante todo, por poner de manifiesto que la jurisprudencia de esta Sala se ha esforzado en destacar que la realidad social que encierra la convivencia a

modo marital o las uniones de hecho ha carecido hasta fechas muy recientes de toda consideración jurídica, lo que no significaba que tales uniones fueran contrarias a la Ley, ni que la jurisprudencia se desentendiera de ellas. Ésta se ha referido a las mismas como familia natural (sentencia de 29 de octubre de 1997), situación de hecho con trascendencia jurídica (sentencia de 10 de marzo de 1998), realidad jurídica con efectos jurídicos (sentencia de 27 de marzo de 2001)³⁵, o como realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En las sentencias de 5 de julio de 2001 y de 5 de febrero de 2004 ³⁶, recogiendo la doctrina sentada en anteriores resoluciones, se destaca el carácter alegal y ajurídico, que no ilegal o antijurídico, de las uniones de hecho, que producen o pueden producir una serie de efectos con trascendencia jurídica que no son ignorados por el jurista en general, ni por el Juez en particular, y que deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. Y se ha destacado también (sentencias de 17 de enero de 2003 y de 12 de septiembre de 2005) ³⁷, esta última de Pleno que se encuentran afectadas por principios de rango constitucional, y en particular, por la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico –artículo 1.1 de la Constitución– que obliga a los poderes

³⁴ RJ 2006\8976

³⁵ RJ 1997/7341; RJ 1998/1272; RJ 2001/4770

³⁶ RJ 2001/4993 y RJ 2004/213

³⁷ RJ 2005/7148

públicos a promover las condiciones para su realidad y efectividad –artículo 9.2 de la Constitución– y justifica, como se precisa en la sentencia de 12 de septiembre de 2005, que el Título relativo a los derechos y deberes fundamentales tenga como pórtico la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la Ley y a los derechos de los demás –artículo 10.1 de la Constitución, sin olvidar el principio de igualdad que impide todo trato

discriminatorio –artículo 14 de la Constitución– y la expresa protección a la familia –artículo 39.1 de la Constitución–, no solo la fundada en el matrimonio, sino también en la convivencia «more uxorio».

Paralelamente a lo anterior, la misma doctrina jurisprudencial, en línea con la del Tribunal Constitucional, se ha preocupado de precisar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio –sentencia de 12 de septiembre de 2005 y sentencias del Tribunal Constitucional 184/90 y 222/92³⁸, por todas–, aunque una y otra se sitúen dentro del derecho de familia. Aun más: hoy en día –como dice la sentencia de 12 de septiembre de 2005–, con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Es, pues, que se encuentra insita en la convivencia «more uxorio» el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por «analogía legis» de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la «analogía iuris» –como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado–, cuando por «facta concludentia» se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común –

³⁸ RTC1990/184 y RTC1992/222

sentencia de 22 de febrero de 2006.-³⁹ Debe precisarse sin embargo, alcanzado este punto, que son ya once las Comunidades Autónomas que han regulado legalmente las uniones de hecho en sus distintos aspectos, llegando algunas de ellas a establecer las normas que han de regir las consecuencias económicas de su ruptura. Entre ellas se encuentra la Comunidad Autónoma

del Principado de Asturias, que ha dictado la Ley 4/2002, de 23 de mayo de Parejas Estables, la cual deja a la autonomía de la voluntad de los convivientes la regulación de las relaciones patrimoniales derivadas de la convivencia.

En igual forma se dictó la Ley 5/2012 de 15 de octubre de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana que fue declarada inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2016, al invadir competencias en materia civil que son propias de la regulación estatal.

Dispone EGÚSQUIZA BALMASEDA que «si bien el legislador autonómico podrá regular la unión de hecho como realidad social relevante configuradora de un tipo de familia, ya que ésta es distinta al matrimonio, ello ha de hacerlo respetando unos límites.

Éstos dimanar de lo que conforma la esencia de una pareja estable y se concretan en el respeto a la libertad de los miembros de la unión y a su autonomía privada de la voluntad. De ahí que, al disciplinar esta realidad, no se pueda imponer un régimen específico a la pareja sobre los efectos personales y patrimoniales que genere su reconocimiento, ya que se contravendría la esencia de esa convivencia basada en la libertad y voluntad de quedar al margen del Derecho.⁴⁰

³⁹ EDJ 2006/288704

⁴⁰ EGÚSQUIZA BALMASEDA “Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2013, de 11 de abril de 2013 y 93/2013, de 23 de abril de 2013”, p. 83 (BIB 2013, 1527)

Para PULIDO QUECEDO ⁴¹ con las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional sobre estas leyes autonómicas, declara que los efectos de inconstitucionalidad y nulidad afectaran pro futuro, no a las relaciones consolidadas derivadas de sentencias firme y actuaciones administrativas firmes. Sí será aplicable a los procesos judiciales y actuaciones administrativas

pendientes.

Para él la consecuencia final de estas sentencias sobre uniones de hecho es el reconocimiento de un título competencial para su regulación por el legislador autonómico graduable en función de las competencias legislativas de cada Comunidad, si bien los excesos legislativos en el caso del legislador foral se corrigen.

Imponer un *ius cogens* equivalente al matrimonial no es de recibo en una Ley de parejas estables y menos aún reconocer, *ad exemplum*, el usufructo de fidelidad foral al conviviente como hacía la Ley navarra.

Con todo, hubiese sido más conveniente una ley estatal sobre uniones de hecho, que hubiese marcado el territorio para las regulaciones autonómicas. Cuando el Estado no legisla, las Comunidades Autónomas ocupan su campo.

Para HERNÁNDEZ IBAÑEZ el fracaso en el ámbito estatal de distintas iniciativas y proyectos legislativos sobre esta materia, de perfil y signo muy diverso, llevó a que se buscara en los parlamentos autonómicos la respuesta normativa que no se obtuvo en el nacional.⁴²

³⁹ PULIDO QUECEDO M. "Las uniones de hecho ante el TC". Actualidad Jurídica Aranzadi num. 865/2013 parte Tribuna. *Edit. Aranzadi.*, Cizur Menor. 2013.

⁴² HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., *Notas a propósito de las proposiciones de ley 122/0000071 de parejas de hecho y 122/000098 de contrato de unión de civil, Libro Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, vol. III, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 2475 a 2494.

Como destaca LORENZO-REGO ya se anticipó al Tribunal Constitucional manifestando que son los integrantes de la pareja de hecho «los que deciden permanecer al margen de la ley, especialmente tras las reformas relativas al divorcio y a la orientación sexual de los cónyuges, por lo que han desaparecido las posibles trabas que antes podían existir para que dos personas contrajesen matrimonial. Hoy en día, el que no se casa es porque no

desea hacerlo y es esa libertad la que hay que respetar, en virtud del principio del libre desarrollo de la personalidad.⁴³

Sin duda en el año 1978 cuando se promulga la Constitución, aunque la forma de convivencia predominante fuese la matrimonial, en nuestra norma básica se protege toda forma de familia y es por ello, el contenido que tienen los artículos anteriormente estudiados.

La Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992⁴⁴ estableció por primera vez los elementos de una convivencia para ser calificada como semejante a la conyugal, señalando que «...La convivencia "more uxorio", ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con una cierta permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar...».

De tal doctrina, posteriormente ratificada por otras muchas sentencias que por sintetizar no reproducimos, más que las más destacadas como en adelante se expondrá, se deduce como ya que hemos señalado anteriormente como presupuestos necesarios los siguientes:

⁴³ LORENZO-REGO "Hacia la codificación de la pareja estable" en *Actualidad Civil*, núm. 19, 2010-2, p. 2261

⁴⁴ RJ 1992/4907

A) Que se trate de convivencia «more uxorio», esto es, la voluntad más allá del mero sentimiento de afecto recíproco específica de establecer una relación íntima y estable de pareja, compartiendo vida y bienes, no precisando tal voluntad formalidad alguna, pero sí renovarse permanentemente para mantener en vigor la convivencia conyugal;

B) Que exista una convivencia diaria, con exclusión de las temporales y

ocasionales;

C) Que se trate de convivencia estable, es decir, prolongada durante varios años (en este sentido debe destacarse el acierto de algunas regulaciones autonómicas que establecen determinados plazos (como Aragón o Cataluña) y;

D) que se trate de convivencia pública y notoria. Por otro lado, como señala la STS núm. 327 de 27 de mayo de 2001, como explica la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996, ya esta Sala «en sentencia de 22 de julio de 1993, proclamaba que las llamadas "uniones de hecho" o "more uxorio" constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida por los Tribunales tanto de la jurisdicción ordinaria como "constitucional" (sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992 y 18 de febrero de 1993 respecto de esta Sala y las de 11 de diciembre de 1992, 18 de enero y 8 de febrero de 1993 del Tribunal Constitucional).⁴⁵

La referida sentencia sentaba, como principios los siguientes: 1º. Que las uniones matrimoniales y las uniones "more uxorio" no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992); 2º. Que, como consecuencia de ello, no serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras, a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía.

⁴⁵ RJ 2001/ 4770; RJ 1996/ 9020; RJ 1993/ 6274; RJ 1992/ 8589; RJ 1992/ 9733; RJ 1993/ 1246; RTC 1992/ 222; RTC 1993/ 6; RTC 1993/ 47

El juego de la analogía, radica en la similitud ("semejanza" según el artículo 4 del Código Civil entre el supuesto que ante el órgano judicial o intérprete se presenta, carente de regulación legal, y aquel al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o "identidad de razón" cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del Derecho (sentencia de 12 de

diciembre de 1980) ⁴⁴. Por supuesto añade la sentencia referida «que debe rechazarse, como ya hizo la sentencia, parcialmente transcrita, la aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales, puesto que la libertad que se autoconceden los convivientes al margen de formalidades matrimoniales, no puede paradójica y contradictoriamente tener parigual con vinculaciones societarias de carácter económico, a no ser que, en virtud de principio de la autonomía de la voluntad y dentro de sus límites, se constituyeran pactos válidos de esta naturaleza».

Las parejas matrimoniales como las extramatrimoniales, se rigen por normas distintas, y las que regulan la relación matrimonial no son aplicables a las uniones extramatrimoniales.⁴⁵

MESA MARRERO distingue al estudiar las parejas de hecho entre unos requisitos objetivos y otros subjetivos.

Así en primer lugar dentro de esta clasificación establece los siguientes requisitos objetivos para que se entienda que existe una convivencia *more uxorio*:

⁴⁴ RJ 1980/ 4747

⁴⁵ La STC (Pleno) 23.04.2013 (RTC/2013/93, MP: Adela Asua Batarrita) estableció con toda claridad que matrimonio y pareja estable son realidades jurídicas distintas, no equiparables (Fundamento de Derecho quinto), y que las leyes no pueden imponer a las parejas estables efectos que ellas no asuman voluntariamente, porque ello vulneraría el derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 de la Constitución (Fundamento de Derecho noveno).

1) Desarrollo de la vida en común en el mismo domicilio;

2) Relación estable y notoria;

3) Cumplimiento voluntario de los deberes matrimoniales, entendido en el sentido de que de la misma forma que se cumplen en el matrimonio los deberes de los artículos 67 y 68 del CC, en las parejas de hecho también se

tienden a cumplir;

4) Ausencia de formalidad en su constitución.

Por otro lado como requisitos subjetivos señala los siguientes:

1) Pareja heterosexual o homosexual, ya que lo importante es el nivel de vida conseguido por la convivencia de hecho, con independencia del sexo de los convivientes;

2) Existencia de relaciones sexuales entre sus miembros;

3) Una cierta edad donde ambos miembros hayan alcanzado un cierto grado de madurez física y psicológica adecuado;

4) La procreación que aunque no es determinante si ayuda a su consolidación;

5) Unión no incestuosa formada entre parientes en línea recta y colateral por consanguinidad hasta el segundo grado.

Como podemos observar, se incluyen no solo determinados requisitos objetivos, sino también los que integran los deberes personales en el matrimonio y que se regulan en los artículos 67 y 68 del Código Civil. Y es que estos deberes de respeto, ayuda mutua o fidelidad, no solo deben ser exigidos a las parejas matrimoniales, sino también a cualquier forma de relación seria y con el objetivo de fundar una familia integrada por la pareja y su prole. Se trataría así, más bien, de deberes morales innatos al ser humano y no tanto de una exigencia exclusiva del matrimonio.

Este concepto de familia y de buscar los elementos que deben de integrar para constituir un matrimonio o una pareja con reconocimiento en derecho, además de las definiciones doctrinales y de los requisitos que se le impongan a las mismas, también se pueden encontrar en el contenido de la Constitución.

Con todo ello podemos observar como con estas definiciones y ante la referencia a una falta de regulación legal, se podría entender que se puede

estar dando un aviso al legislador sobre la necesidad de promulgar una ley en esta materia, sobre todo ante el crecimiento que han experimentado estas formas de relación social en los últimos años y sobre todo en los actuales tiempos. Cuestión ésta controvertida por la voluntad de relación que se pretende con la constitución de estos tipos de uniones.

La convivencia «more uxorio», entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho.

La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo -hoy por hoy inexistente- sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica.

La STS de 21 de octubre de 1992 ⁴⁶, parte del reconocimiento de la plena legalidad de toda estable unión de hecho, entre un hombre y una mujer, como manifestación del derecho fundamental al «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10 de la Constitución) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial (art. 39 CE).

⁴⁶ RJ 1992, 8589

Pues bien, la sentencia de 22 de julio de 1993,⁴⁷ proclamó, con expreso precedente en la anterior de 11 de diciembre de 1992 ⁴⁸ que tales uniones matrimoniales y las «more uxorio» no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como realidades equivalentes y en consecuencia no les serán aplicables a tales uniones normas establecidas para el matrimonio,

salvo que pudieran utilizarse por la vía de la analogía.

Por ello, tales uniones quedan fuera de la normativa del régimen económico matrimonial -sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 23 de julio de 1998 y 22 de enero de 2001 -.⁴⁹

En el ámbito del derecho comparado, en general se puede decir que la regulación de las uniones de hecho se circunscribe a las parejas de hecho homosexuales, y así, Ley danesa, de 7 de junio de 1989 sobre «Registro de Parejas de Hecho homosexuales», equiparada al matrimonio heterosexual. Ley noruega, de 1 de agosto de 1993, sobre «Registro de Parejas de Hecho homosexuales», equiparada al matrimonio heterosexual. Ley sueca, de 23 de junio de 1994, sobre «Registro de Parejas de Hecho homosexuales», equiparada al matrimonio heterosexual. Ley holandesa, de 1 de enero de 1998, sobre «Uniones Civiles» –Registro de Parejas de Hecho homosexuales, equiparada al matrimonio heterosexual–. Pero hay Leyes que prácticamente equiparan la unión de hecho al matrimonio; así, la Ley belga, «Loi instaurant la cohabitation legale», de 23 de noviembre de 1998–, que se remite al artículo 1253 del Code judiciaire. La Ley francesa, «Loi sur pacte civil de solidarité et du concubinage» de 13 de octubre de 1999. La Ley alemana, «Ley de Parejas de hecho» de 1 de agosto de 2001.

⁴⁷ RJ 1993, 6274

⁴⁸ RJ 1992, 9733

⁴⁹ RJ 1994,3753; RJ 1998,6131; RJ 2001,1678

En definitiva son muchos los países que van regulando legislativamente sobre esta materia, incluyendo en sus sistemas normativos nuevas leyes que les regulen de forma más efectiva. Así entre los países más cercanos podemos destacar también la actual ley italiana de parejas homosexuales aprobada en mayo de 2016, donde sería válida dicha unión cuando no concurra ningún vicio del consentimiento, y poder así ser inscrito en el Registro Civil dicho matrimonio civil.

Dicha convivencia se va a regir en sus aspectos patrimoniales por el régimen de la comunidad de bienes, que supondrá que en caso de ruptura el reparto de los mismos se efectuará de forma igualitaria. Dicha ruptura se produciría además de por el fallecimiento de alguno de los integrantes del matrimonio, por la voluntad de cualquiera de ellos expresada ante el encargado del Registro Civil con competencia para acordar la disolución del matrimonio.

La existencia de la denominada sociológicamente «unión de hecho» y que como familia natural, debe ser merecedora -como dice la STS de 29 de octubre de 1997-⁵⁰ de la misma protección por parte de los poderes públicos que para la familia jurídica establece el artículo 39.1 de la Constitución Española, sobre todo cuando de dicho Texto no se desprende que haya una sola forma de familia reconocida. Además, la realidad social indica que tales uniones dan las características básicas de la familia jurídica, con la única característica especial de no existir una formalización religiosa o civil de tal unión de hecho. Y así la STS de 18 de mayo de 1992, que cita la de 13 de junio de 1986 y la de 14 de julio de 1988,⁵¹ así como la del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 1991, afirma que «las uniones libres, aunque están carentes de precisa normativa, no por eso son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico.

⁵⁰ RJ 1997\7341

⁵¹ RJ 1992\4907; RJ 1986\3549; RJ 1988\148

La Constitución no lo prevé, pero tampoco expresamente las interdicta y rechaza, y así se desprende de su artículo 32 en relación al 39 que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como la unión de hecho».

Incluso en el Derecho comparado afín (continúa diciendo la STS de 29/10/1997), el Tribunal de Casación de Italia vino a reconocer, en su

Sentencia de 2 de febrero de 1977, la denominada familia «di fatto», como entidad social que ejercita unas funciones en la educación y mantenimiento de sus miembros, y que debe ser protegida a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Italiana.

CASTIELLA RODRÍGUEZ tras destacar que el divorcio actualmente se regula «con tal amplitud que hace decaer el vínculo resultante del matrimonio hasta niveles más propios de las uniones de hecho» entiende que «las regulaciones resultantes de las uniones de hecho y el matrimonio no es que se aproximen sino que prácticamente se funden, de modo que en la práctica las únicas diferencias apreciables son las formalidades exigidas en el matrimonio en su acto de constitución y extinción pero, en cambio, en todo lo relativo a los derechos y obligaciones dimanantes de una u otra unión, las causas y requisitos necesarios para la válida constitución y la disolución, en definitiva, lo sustantivo y no puramente formal de la regulación, resulta idéntico en ambas modalidades de unión», considerando por ello que ha llegado el momento de unificar su regulación en una única institución.⁵²

La constante doctrina jurisprudencial respecto a que la unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (STC 184/1990, de 15 de noviembre) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, como dice la STS de 4

⁵² CASTIELLA RODRÍGUEZ “Unión de hecho y matrimonio” en *Revista Jurídica del Notariado*, núm 76, 2010, p. 18

de abril de 1997, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma.⁵³

Por ello, la normativa reguladora del régimen económico matrimonial (Título III Libro IV del CC) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello sin

perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por «analogia legis», que aquí no se da, sino por «analogia iuris») de algún determinado régimen económico de los diversos que para el matrimonio regula el citado Título del Código sustantivo civil, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos), que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que el solo hecho de la existencia de la unión de facto lleve implícita el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, de un condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus «facta concludentia» (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común), evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho.

Ya que, aunque el Tribunal Supremo no es un legislador, tiene la obligación de solucionar el caso planteado sobre estas bases: no igualdad entre las situaciones, y aplicación de los instrumentos adecuados. Todo ello sin perjuicio, como es lógico, de subsumir los hechos de este proceso, en la doctrina jurisprudencial mencionada.

⁵³ RTC 1990\184; ATC 156/1987; RTC 1987\156 Auto; RJ 1997\2731

Esta doctrina ha de partir de dos supuestos imprescindibles, como son: la ausencia de una norma específica legal, y la ausencia de un pacto establecido por los miembros de una unión de hecho, con base en la autonomía de la voluntad negociadora establecida en el artículo 1255 del Código Civil. Las uniones de hecho, estables o ajurídicas no son solo una realidad jurídica actual, sino que han sido una forma de relación entre las

personas que se han dado desde tiempos antiguos. Así ya en el Derecho Romano clásico este tipo de uniones se llamaban concubinato que era una unión permitida, aunque ilegítima de varón y mujer.⁵⁴

Hay así resoluciones judiciales sobre esta materia que trata de arrojar luz a la cuestión y así la STS de 21 de octubre de 1992, parte del reconocimiento de la plena legalidad de toda estable unión de hecho, entre un hombre y una mujer, como manifestación del derecho fundamental al «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10 de la Constitución) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial (art. 39 de la Constitución). Pues bien, la sentencia de 22 de julio de 1993, proclamó, con expreso precedente en la anterior de 11 de diciembre de 1992 que tales uniones matrimoniales y las «more uxorio» no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como realidades equivalentes y en consecuencia no les serán aplicables a tales uniones normas establecidas para el matrimonio, salvo que pudieran utilizarse por la vía de la analogía. Por ello, tales uniones quedan fuera de la normativa del régimen económico matrimonial -sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 23 de julio de 1998 y 22 de enero de 2001-.⁵⁵

⁵⁴ FOSAR BENLLOCH. *Las uniones no matrimoniales en el Derecho Histórico español. La sucesión mortis causa a favor de los hijos extramatrimoniales en el Derecho civil Aragonés. RCDI*, núm. 554 (1983), p.137.

⁵⁵ RJ 1992, 8589; RJ 1993, 6274; RJ 1992, 9733; RJ 1994, 3753; RJ 1998, 6131; RJ 2001, 1678

Normalmente la desigualdad social era la causa que originaba el concubinato que se consideraba conforme se ha expuesto como una unión autorizada, aunque ilegítima entre varón y mujer. La desigualdad social generaba el concubinato debido a la imposibilidad de contraer matrimonio determinadas personas por ser de distintas clases sociales, puesto que el

derecho a contraer matrimonio o *ius connubii* en la antigua Roma, solo se le reconocía a aquellos que tenían la ciudadanía romana.⁵⁶

Así entre los esclavos y los peregrinos, aunque alguno fuera ciudadano romano, no existía consentimiento matrimonial al carecer de libertad.

A.- REQUISITOS CONSTITUTIVOS:

En muchos casos el acudir a esta forma de relación social, se debe al claro deseo de no someterse a regulación formal y legal alguna en cuanto a la convivencia entre los integrantes de la pareja. Tal como lo expresa la STS de 12 de septiembre de 2005, ya referida.

No obstante, hay otras situaciones en las que no influye tanto la voluntad de las partes, sino más bien por causas basadas en impedimentos legales como el hecho de que en aquellos lugares donde una vez que exista separación matrimonial impide contraer nuevamente matrimonio, se adoptará esta forma de convivencia o por cuestiones culturales, sociales o religiosas. Por ejemplo es usual el adoptar esta forma de convivencia para tomar conocimiento sobre si tendría éxito un futuro matrimonio entre la pareja, por lo que serviría de prueba o ensayo previo o incluso preparatorio al mismo. Es consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio, la voluntad de eludir las

⁵⁶ VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid. 1986, pp. 665-666.

consecuencias derivadas del vínculo matrimonial, el hecho de formar una pareja de hecho.

Como señala PANIZO ORALLO el matrimonio y la familia se han tenido siempre como fórmulas naturalmente patentadas de ordenación de la sociedad humana y como paradigmas normados de las relaciones interhumanas

positivas y más típicamente de seres racionales, en ese campo tan aleatorios pero tan básico, del orden de los afectos.⁵⁷

Esta forma de convivencia se suele realizar sobre todo por jóvenes que al no haber convivido nunca, puedan preferir realizar una convivencia de prueba durante un determinado periodo y a las resultas de dicha convivencia, es decir, si constatan que son una pareja que pueden tener una buena convivencia, decidan contraer posteriormente matrimonio.

Si bien es cierto que en ocasiones una vez que contraen matrimonio conlleva el fracaso del mismo y la ineludible ruptura, quizás motivado por la exigencia de determinadas obligaciones legales o el sometimiento a los requisitos formales que compone el matrimonio y que con la simple relación convivencial como pareja estable de hecho, no existían.

De la misma forma pueden existir factores económicos que motiven vivir de esta forma, y no tener el más mínimo interés en contraer matrimonio aunque se esté de acuerdo con dicha institución, como puede ser por ejemplo la imposibilidad de asumir los gastos de la celebración de un matrimonio o para no ver perdida una pensión de viudedad.

Constituyen las uniones de hecho un fenómeno relativamente creciente del que las SSTS de 5 de julio de 2001, 27 de marzo de 2001, y 16 de julio de 2002, afirman que aunque carece de regulación legal, con carácter general,

⁵⁷ PANIZO ORALLO “¿Tienen futuro el matrimonio y la familia? Ensayo filosófico-jurídico” en *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y de la familia*, AA.VV., CEU Ediciones, Madrid 2009, p. 25

como realidad jurídica no prohibida por el derecho, produce determinados efectos jurídicos.

Así una vez vistos los requisitos jurisprudenciales y que expone la doctrina, podemos establecer como REQUISITOS GENERALES para que se entienda que existe una pareja de hecho los siguientes:

1.- Convivencia *more uxorio*.

Que la relación de convivencia sea con carácter *more uxorio*, es decir, que exista voluntad en los miembros de la pareja que vaya más allá del mero sentimiento de afecto recíproco, con la intención de establecer de forma estable y duradera una relación de pareja, donde se compartan vida y bienes, no precisando tal voluntad formalidad alguna, pero sí renovarse permanentemente para mantener en vigor la convivencia conyugal.

2.- Carácter heterosexual.

Este requisito se exigía debido a que era precisa una existencia paramatrimonial o paralelismo implícito en ambas figuras, de la que nace la relevancia jurídica de las uniones no matrimoniales. Las personas de igual sexo aunque hubieran querido no hubieran podido contraer matrimonio, por lo que, el concepto de pareja de hecho o extramatrimonial se circunscribía tan solo para parejas heterosexuales que pudiendo no querían contraer matrimonio y por tanto no ser regulados bajo esta disciplina jurídica y sus normas. No obstante, esta delimitación actualmente no tiene vigor, desde que la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se permite la celebración de matrimonio civil a personas del mismo sexo.

Por ello, desde la entrada en vigor de dicha ley, el concepto de pareja de hecho ha cambiado y ya no es requisito único el carácter heterosexual sino que pueden formar pareja de hecho tanto las constituidas por uniones heterosexuales como homosexuales, puesto que al igual que las heterosexuales, actualmente las homosexuales pueden si quieren contraer matrimonio y toda pareja que viva sin contraerlo será considerada como una unión de hecho, siempre que reúna el resto de requisitos que se exige para su consideración.

3.- Carácter monogámico.

La unión debe ser tan solo entre dos personas y no más, excluyéndose así las uniones extramatrimoniales poligámicas como las constituidas en

adulterio donde al menos uno de sus integrantes se encuentra casado. La unión entre dos personas se entiende que se efectuará para conseguir una comunidad de vida plena, con carácter exclusiva y excluyente respecto de otro tipo de uniones o relaciones.

4.- Estabilidad.

Dicha convivencia debe ser de forma permanente y estable y no con carácter esporádico o circunstancial, sino, exigiéndose para su consideración que en la misma haya transcurrido un determinado plazo de tiempo o que existan hijos que prueben una convivencia estable. Será exigible para que dicha convivencia se entienda estable el elemento de la notoriedad a efectos de facilitar la prueba sobre la misma, donde es exigible que no se trate de una relación en secreto o tapada al resto del mundo, sino visible y conocida por todos.

Como ya dijo el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 26 de febrero de 2004, el alto tribunal en la sentencia de 18 de mayo de 1992 estableció por primera vez los elementos de una convivencia para ser calificada como semejante a la conyugal, señalando que «La convivencia "*more uxorio*", ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar.» Como señala la STS núm. 327 de 27 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4770), ya esta Sala «en sentencia de 22 de julio de 1993,⁵⁸ proclamaba que las _____

⁵⁸ RJ 1993, 6274

llamadas "uniones de hecho" o "*more uxorio*" constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida por los Tribunales tanto de la jurisdicción ordinaria como "constitucional" sentencias de 21 de octubre, 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero de 1993, respecto de esta Sala y las de 11 de diciembre de 1992, 18 de enero del Tribunal Constitucional.

Condición que debe imperar también en una pareja de hecho será el de la capacidad exigible a los convivientes para constituir los pactos patrimoniales entre sí que les puedan obligar, de igual forma que para poder contraer matrimonio, en base a la necesidad de poder regular la relación que forman y poder darle valor jurídico a los actos y obligaciones que contraigan, tanto para la pareja como para terceros que puedan verse afectados por la unión.

Así por ejemplo con el nacimiento de un hijo que teniendo la patria potestad, se pueda asignar la guarda y custodia a uno de ellos que en caso de tratarse de personas incapaces no podrían constituirse sobre ellas, debiendo asignarse un tutor, lo que supondría no poder asumir tales obligaciones tal miembro de la pareja.

Podemos hacer referencia también al carácter del ligamen o parentesco, puesto que las partes deben tener capacidad civil para poder contraer matrimonio entre sí, sin que existan entre los miembros de la pareja impedimentos legales por razón de ligamen o de parentesco que les imposibiliten el llevar a cabo dichas uniones, y sobre todo la atribución de efectos jurídicos a los actos que desarrollen y la adquisición de derechos tanto para los miembros de la pareja, como sobre todo para los hijos que tengan y su protección como personas vulnerables.

4.- EFECTOS CON RELACIÓN A LOS HIJOS.

4.1.- GUARDA Y CUSTODIA DE HIJOS:

Tanto en un matrimonio como en una relación de pareja de hecho, cuando se produce la ruptura de la pareja y por tanto de la vida familiar hasta ese momento estable, el derecho del progenitor no custodio de relacionarse

con sus hijos en el ejercicio de un régimen de visitas, constituye un derecho-deber de ambos progenitores de carácter afectivo e irrenunciable que no encuentra más limitación que el interés del menor, debiendo los órganos jurisdiccionales procurar ser complacientes a la hora de determinar el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, limitándolo o suspendiéndolo sólo si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen, conforme determina el artículo 94 del Código Civil para los supuestos de ruptura de la convivencia matrimonial. La finalidad del derecho es evitar la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto, conocimiento y comprensión que deben mediar entre progenitores e hijos, máxime cuando éstos han alcanzado ya una edad y madurez que precisa de un mayor contacto con su progenitor y facilita los necesarios desplazamientos para su ejercicio.

Para los casos en que no se establezca una guarda y custodia compartida, la determinación de a cuál de los progenitores se le va a adjudicar la guarda y custodia de sus hijos, lleva aparejado que se tenga que determinar para el otro progenitor el correspondiente régimen de visitas. No obstante, puede suceder que cuando existe un mutuo acuerdo entre los convivientes se establezca en la sentencia una guarda y custodia compartida entre ambos, teniendo en cuenta el beneficio del menor. En cuanto al régimen de visitas, este derecho no se configura como un propio y verdadero derecho de los progenitores dirigido a satisfacer los deseos de éstos, sino que se configura como un complejo derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de su desarrollo personal y educacional, estando condicionado dicho derecho a que sea beneficioso para el menor para salvaguardar sus intereses y su íntegro desarrollo personal.

Cuando se lleva a cabo el ejercicio del derecho de visitas, el interés del menor aconseja que se le recoja y se le entregue por el progenitor que ejerce la visita en la vivienda del que tiene la custodia y sólo, excepcionalmente, sería oportuno adoptar otro criterio en el supuesto de que, con ocasión de aquellas, se produzcan situaciones conflictivas ya sea por enfrentamiento directo de los progenitores u otros familiares, creando situaciones que pudieran poner en peligro o repercutir negativamente en el desarrollo y estabilidad emocional del

menor. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993,⁵⁹ "la obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el art. 39 CE. Tal obligación resulta por modo inmediato del hecho de la generación y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, art. 154.1 del Código Civil" y añade, "aunque no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Tít. VI, Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad (art. 154.1 CC), lo cierto es que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia -así, art. 145.3 CC- y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados". Así por ejemplo en la STS de 7 de julio de 2004, por el actor se interpone demanda y se solicita por el padre la guarda y custodia de su hijo.⁶⁰

⁵⁹ RJ 1993/7464

⁶⁰ RJ 2004/5108

En la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se atribuye la guarda y custodia a la madre, asignándole al padre un régimen de visitas. Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo dicta sentencia por la que establece que en la adopción de las medidas a tomar respecto de los hijos menores de edad, sean matrimoniales o no matrimoniales, es preponderante el interés de los hijos, cuya protección se encomienda al juzgador y así se establece en el art. 158 del Código Civil, al facultar al Juez para que de oficio, adopte las medidas en él contempladas, e, igualmente, en el art. 91 se impone

al Juez la obligación de adoptar las medidas pertinentes, a falta de acuerdo entre los cónyuges, principio que es aplicable fuera de los procesos matrimoniales.

Por ello al proveer el Juzgador a la necesidad de vivienda del menor y de la madre a cuya guarda y custodia se le confía en la forma que se ha transcrito no ha incurrido en incongruencia puesto que, en estos casos, el Juzgador no está vinculado a la concreta forma de satisfacer estas necesidades del hijo a lo peticionado por los padres litigantes.

Al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo segundo del recurso denuncia aplicación indebida del art. 96 del Código Civil y su jurisprudencia interpretativa.

En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia "*more uxorio*" y ante la falta de una regulación legal de estas uniones, dice la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 que "*es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el art. 1.1 del Código Civil y matiza el apartado cuarto del mismo artículo y añade "y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho"*.⁶¹

⁶¹ RJ 1998/1272

Si esto es así con relación al conviviente, con mayor razón ha de aplicarse este principio general cuando se trata de la protección de los intereses de los hijos menores de edad.

El Tribunal "a quo" ha realizado una ponderada valoración de los intereses de ambas partes al estimar más digno de protección el del hijo menor y el de su madre a la que se confía la guarda y custodia.

El marco normativo de la decisión jurisdiccional sobre la custodia es

claro, conforme a los principios constitucionales, art. 39 de nuestra Carta Magna, convenios internacionales de protección de los derechos del niño, y normativa de las reglas internas del Derecho de Familia -art. 92 y ss y 154 y ss del CC y Ley de Protección del Menor- todas las decisiones sobre la atribución, ejercicio de la patria potestad, custodia de los hijos, y régimen de comunicación y visitas del progenitor apartado de la custodia, han de adoptarse en beneficio del interés del hijo menor (principio del "*favor filii*") y con audiencia del propio hijo cuando sea mayor de doce años o incluso si es menor y tiene suficiente juicio. El principio inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos, es el de que su interés debe prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, consagración de dicho principio que se encuentra recogido de forma expresa en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 103, 154 y 170) y en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, latiendo en todas ellas la idea de que el beneficio de los hijos o menores constituye la razón de ser o el fundamento de las prescripciones legales.

Como igualmente señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de septiembre de 1996 ⁶², el interés superior del menor, como principio inspirador de todo lo relacionado con él, vincula al juzgador, a todos los Poderes Públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para

⁶² RJ 1996/6722

ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social (así artículo 158 CC).

El planteamiento del régimen de visitas encuadra múltiples posibilidades que se pueden plantear en las distintas relaciones de pareja. Dentro de esta singularidad se encuentra una sentencia novedosa del Tribunal Supremo,

puesto que tuvo que resolver una situación que no se había planteado hasta el momento con las características que se plantearon.

Así la sentencia nº 320 de la Sala 1ª de 12 de mayo de 2011, donde la ponente era Dña Encarnación Roca Trías tuvo que resolver el caso de una pareja de hecho de dos mujeres que decidieron tener un hijo y para ello una de ellas se sometió a la técnica de reproducción asistida por donante anónimo. Después de la gestación del feto y su posterior nacimiento, se mantuvo la relación de pareja con el bebé durante tres años, hasta que en un determinado momento se produjo la ruptura de la pareja. La mujer pareja de la madre biológica del menor, demandó a la madre biológica para que se estableciera un régimen de visitas con respecto al menor. Dicho régimen fue acordado por el Juzgado de Instancia y mantenido por la Audiencia Provincial en el correspondiente recurso. La Sala 1ª tuvo que conocer del asunto en casación para lo que tuvo en cuenta distintos elementos para resolver tan singular situación y sobre todo velar por los intereses del menor. La cuestión suponía por un lado una falta de filiación biológica con la conviviente que reclamaba el derecho de visitar o de tener contacto amplio con el hijo biológico de su antigua compañera, y además una falta de relación jurídica, porque no se pudo aplicar lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 14/2006, 26 mayo, modificado por la ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral en la mención relativa al sexo de las personas. Este artículo, en su párrafo tercero, establece que "cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del registro civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido" y esta posibilidad no podía aplicarse en este caso puesto que ambas convivientes no estaban casadas. Para los magistrados de la Sala en el razonamiento de su sentencia la argumentan en el sentido de que el sistema familiar actual que rige en la sociedad española es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las

reglas constitucionales. Así cuando la pareja no está casada como es el caso del que se ocupan, deben aplicarse los principios sentados en la sentencia del mismo tribunal de 12 septiembre 2005.⁶³ Es un avance positivo el hecho de primar los derechos y necesidades de los menores antes que los de los integrantes de la pareja, puesto que una vez producida la ruptura de la misma, van a atender sus propios intereses y no los de la otra persona, lo que va a redundar en perjuicio para los menores a los que les afecte dicha situación. Por ello aunque se trate de personas que no tienen ningún vínculo de sangre con los menores, ni siquiera biológico, si es fundamental que si la relación con el menor se haya llevado a cabo en el marco de una familia y entendida esta en sus múltiples acepciones dependiendo de los integrantes de la misma y de la forma de su desarrollo, debe salvaguardarse el derecho a estar y relacionarse con dichos menores con los que se tiene una relación consolidada y no se produzca en una separación de pareja, también una ruptura de relaciones con los menores.

Entiendo que el derecho de los padres a estar con sus hijos y poder relacionarse con los mismos es un derecho fundamental en un procedimiento de familia y debe respetarse de forma primordial por ambos progenitores. En esta medida a pesar de existir connotaciones particulares en cada caso, cuando un órgano judicial tiene que aplicar una serie de criterios para resolver una situación de hecho creada, se va a acudir a la aplicación de las normas que nos rigen a

⁶³ EDJ 2005/143611

todos de forma general pero que deberán de ser aplicadas para cada caso concreto dentro del criterio discrecional que se permite a los jueces, que en modo alguno debe ser arbitrario, sino que toda resolución judicial debe estar basada en una discrecionalidad motivada conforme a la facultad de interpretación y aplicación de las normas que tienen los jueces y tribunales.

Cuando se produce la ruptura en un matrimonio o en una pareja, cada parte del proceso, es decir los progenitores, tienen el derecho y la obligación de seguir manteniendo la relación que les une con sus hijos y que la misma no se vea mermada, disminuida o eliminada; aunque esto a veces se suele complicar ya sea por las nuevas circunstancias que se presentan en dicha familia y en la forma de su regulación o por la influencia de los propios progenitores que de forma inconsciente o voluntariamente entorpecen la normal convivencia y relación filial con sus hijos y ello deriva en un sufrimiento innecesario y en disputas judiciales. En este sentido, son muchos los casos en los que de forma activa y premeditada se vulnera el derecho de un progenitor a estar con sus hijos y poder tenerlos en su compañía de forma regular. Este es el caso que ocurrió en una relación matrimonial que se rompió y la madre se desplazó a otro país con su hijo, privándole al padre de su derecho de visitas sobre su hijo. La Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencia nº 512/2009 de fecha 30 de junio,⁶⁴ admitió el recurso de casación interpuesto por el padre en donde solicitaba una indemnización a la madre por haberle probado de su derecho a estar y poder relacionarse con su hijo durante años, ya que la mujer se trasladó a los Estados Unidos con su hijo y además ser captada e ingresada la mujer en la Iglesia de la Cienciología.

Apreció en este caso el Tribunal que efectivamente el daño se produjo y fue ocasionado al padre y no consiste éste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso sólo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento

⁶⁴ RJ 2009/5490

impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor. Señala la Sala que se puede extraer la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio.

4.1 a) LA CUSTODIA COMPARTIDA

Como medida innovadora, la modalidad de custodia compartida en la búsqueda de una forma de justa relación de los padres con sus hijos, puede ser la medida más idónea para que ambos padres queden satisfechos con su relación con sus hijos, aunque lo que principalmente habrá que ver con el tiempo una vez que este sistema se haya consolidado y tenga los suficientes casos prácticos, es la eficacia del mismo para los hijos y el beneficio en su madurez y llevanza de la nueva forma de vida que se les presente a raíz de la separación de sus padres. Según la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 1ª, de 8 de octubre de 2009, nº 623/2009,⁶⁵ unos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (como Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al juez otorgar dicha forma de guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (como Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los Arts. 76.1,b y 139 del Codi de Família de Catalunya). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (art.373-2-11 Code civil, modificado por la ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la Children Act 1989

⁶⁵ EDJ 2009/234619

inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution han desligado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado de sus hijos antes de la ruptura, teniendo en cuenta el vínculo afectivo entre cada uno de

los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado.

Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Para AYERRA MICHELENA⁶⁶ el exigir el requisito de que se fundamente la resolución judicial en que solo con custodia compartida es de aplicación lógica que debe atenderse principalmente al criterio de los progenitores de los alterna se protege adecuadamente el interés superior del menor, con una interpretación

⁶⁶ AYERRA MICHELENA, KEPA. "Análisis crítico de la guarda y custodia compartida: hacia una reintegración conceptual de la figura". *Tesis doctoral*. Universidad de Deusto 2012 (Inédita), p. 235.

rígida del artículo 92 CC, jamás se podrá adoptar una guarda y custodia compartida.

En materia de menores, sobre todo si es compartido dicho criterio y no existen controversias o posiciones en contra entre ambos sobre las medidas que se van a adoptar en aras de procurar el mejor bienestar de sus hijos menores y que redunde en su desarrollo personal y de relación con sus padres. No debe imponerse en estos casos la decisión del Juez ni aunque venga

avalada con el criterio a favor del Ministerio Fiscal y ello porque las personas que realmente conocen la situación personal de cada familia son los cónyuges o integrantes de una pareja de hecho. Este criterio de toma de decisiones por los miembros de una pareja sobre todo teniendo en cuenta que deben ser ellos quienes tengan que valorar las posibilidades y consecuencias en la forma en cómo se van a regir desde el momento de la separación con sus hijos y ver el resultado de dichas decisiones, es el que entiendo como correcto y el que debe ser prioritario en las resoluciones judiciales en las que al menos exista un criterio compartido por ambas partes contendientes.

Dicho esto con toda la salvedad que deba aplicarse en aquellos casos que en los que el consenso de los progenitores pueda perjudicar por acción u omisión en alguna forma a los menores, situación para la cual debe ser prioritario y predominante, a pesar de lo que digan los padres, el dictamen del Ministerio Fiscal y por último la decisión que ponderando los intereses en juego tenga que adoptar el juez para asignar la guarda y custodia.

Afirma ROMERO COLOMA ⁶⁷ que si bien gran parte de la doctrina se refiere al «interés» del hijo, o a su «beneficio», considera que la dicción correcta, la que mejor se ajusta a los parámetros que deben regir en materia de Derecho de Familia, es la de «bienestar» del hijo. No cabe duda que, por regla general –

⁶⁷ ROMERO COLOMA A. M. Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi num. 814/2011 parte Opinión. *Edit. Aranzadi, S.A.U.*, Cizur Menor. 2011.

hay que exceptuar, naturalmente, los supuestos anómalos, a los que se les puede calificar de «patógenos»–, los hijos quieren estar con su madre y con su padre, y una medida familiar como lo es la guarda y custodia compartida, no cabe duda, propicia que las relaciones de ambos progenitores con sus hijos no se deterioren, evitando, debido a su periodicidad, a su frecuencia, que los hijos se distancien, gradualmente, de uno de los progenitores, por lo general, del progenitor con el que, de no adoptarse esta medida, no conviven.

También considera ZUÑIGA que el sistema de custodia compartida conllevará mayores beneficios para los menores, como pueden ser mejores resultados académicos, mejor adaptación, mayor autoestima, madres menos sobrecargadas, y evitación del conflicto, porque los hijos dejan de convertirse en la moneda de cambio.⁶⁸

Las resoluciones judiciales han ido estableciendo este régimen de custodia compartida como el criterio que debe ser aplicado actualmente en aras de proteger y tratar de forma igualitaria los derechos de los dos progenitores en una ruptura de pareja, donde lo que se rompe es la convivencia matrimonial o de pareja pero no la convivencia, la relación o el cariño con los hijos de sus padres y viceversa que debe mantenerse tal como era durante la estancia familiar pero ahora de forma distinta. En este momento de la etapa de todo niño que pase por ello, va a ser imprescindible una buena explicación de la situación por la que atraviesan sus padres y posiblemente en muchos casos, un apoyo psicológico para que los menores superen dicho trance sin el mayor daño posible en sus vidas, para que su evolución como personas sea plena y sin traumas.

Los hijos deben ser excluidos de dicha problemática y debe establecerse una forma de relación con ambos padres de la misma forma que era hasta entonces e igual intensidad en cuanto al tiempo de estancia con los mismos y del afecto que se le transmita.

⁶⁸ ZUÑIGA A. "La custodia compartida". *Revista jurídica "escritura pública"*. Dialnet, ISSN 1695-6508, N^o. 78, 2012, pp. 64-66

Los Tribunales de Justicia poco a poco están dictando sus resoluciones en el sentido de ir aplicando el sistema de guarda y custodia compartida como el sistema preferente y solo en aquellos casos en los que no sea posible su aplicación, se procederá a adjudicar la custodia a uno de los progenitores y al otro un régimen de visitas normalizado. Por ejemplo se puede destacar la resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la Sentencia n^o 18/2013 de 25 de marzo,⁶⁹ donde se declara que la custodia

compartida es el régimen preferente y predeterminado por el legislador, en busca del interés del menor, de modo que se aplicará esta forma de custodia siempre que el padre y la madre estén capacitados para el ejercicio de las facultades necesarias a tal fin. El derecho foral de dicha comunidad autónoma establece este régimen como preferente frente al criterio general establecido en el Código Civil.

En cuanto a la ponderación de su aplicación a cada caso, las distintas resoluciones judiciales que se van dictando en la materia llegan a la conclusión que su conveniencia es muy discutible cuando se trata de niños de corta edad (en este sentido, la Declaración de los Derechos del Niño aprobada en la 14ª Sesión Plenaria de la ONU de 20 de noviembre 1959 recuerda que, "salvo circunstancias excepcionales, no debe apartarse al niño de corta edad de la madre"). Entiendo que en estos casos se trata de situaciones especiales que no obstante analizado cada caso concreto, pueden llevar a considerar más apropiada la implantación de un guarda y custodia a la madre en lugar de una custodia compartida, aunque este sea el deseo del padre pero deberá atenderse más al interés del menor. Dicho interés se encuentra más protegido con la madre durante al menos los primeros meses de vida del bebe y ello por la cuestión de la lactancia materna que deberá ser suministrada al bebe en un espacio de horas muy limitado y con cierta frecuencia. Se podría esgrimir por parte de los defensores a ultranza de la custodia compartida que también el padre puede dar dicha lactancia al bebe aunque esta sea mediante leche no materna sino preparada y de adquisición en farmacias.

⁶⁹ RJ 2013/4174

No obstante, entiendo personalmente que si desde un punto de vista nutricional y pediátrico se aconseja más la lactancia materna por sus mejores valores nutricionales, en base a este interés más ponderado del menor, y donde en estos casos en los que se trata de un bebe, debe primar la estancia con la madre hasta que transcurran los primeros meses de crecimiento del bebe, y todo ello en aras de mejor interés del menor que debe primar sobre los derechos, deseos e intereses de cualquiera de sus progenitores.

Para PÉREZ-SALAZAR RESANO la medida sobre la custodia incide de manera clara sobre los pronunciamientos económicos de las sentencias y, en concreto, sobre la pensión de alimentos y la atribución del uso de la vivienda familiar. Siendo también necesario que el legislador aborde de forma seria ambas cuestiones ya que nada se dijo al respecto en la reforma introducida por la Ley 15/2015. La medida que se adopte sobre la vivienda familiar y el modo en que se ha de abordar el pago de las pensiones en los casos de custodia compartida pueden generar muchas situaciones injustas que favorecen el conflicto.⁷⁰

La reclamación de la custodia compartida es un derecho tan fundamental en la vida de cualquiera de ambos progenitores que no son pocos los casos donde existe una gran problemática entre la pareja para determinar cuál de los dos progenitores es más idóneo para adquirir la guarda y custodia de sus hijos.

Hasta fechas muy recientes y quizás en buena medida actualmente, existe una percepción generalizada en la sociedad y en los Tribunales de Justicia en cuanto a que por regla general la persona más idónea para hacerse cargo de los hijos siempre era la madre. No obstante, dicha percepción afortunadamente ha ido cambiando y actualmente se va implantando la necesidad de acudir a otras formas de solución que sean más acordes con los tiempos actuales, y por ello la medida de la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores está siendo la

⁷⁰ PÉREZ-SALAZAR RESANO M. “La pensión de alimentos en los supuestos de custodia compartida”. *Abogados de Familia*, año XVII, nº 64, 19/04/2012, p. 3

solución a muchos casos de petición de la guarda y custodia entre ambos padres. En base a ello para HERNÁNDEZ GUILLÉN la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de

referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.⁷¹

También podemos decir que tampoco es adecuada establecer una custodia compartida en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente en aquellos supuestos en los que existan episodios de malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento; en cuyo caso la ponderación de los intereses en juego, en especial los del niño, debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados; sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas para corregir y eliminar esos déficit de conducta en el progenitor acuciado por ello.

En los casos en los que no media acuerdo entre los padres, para poder acordar la custodia compartida era necesario el informe favorable del Ministerio Fiscal puesto que el artículo 92.8 así lo exigía al disponer que “excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”.

⁷¹ HERNÁNDEZ GUILLÉN E. Área de Derecho Privado-Departamento de Contenidos. Publicación: Revista Aranzadi Doctrinal num. 11/2016 parte Fichas de Jurisprudencia. *Edit. Aranzadi*, S.A.U., Cizur Menor. 2016.

Este párrafo 8 del artículo 92 fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en Sentencia número 185/2012 de 17 octubre,⁷² siendo ponente de la misma Dña Encarnación Roca Trías. El elemento principal de la cuestión de constitucionalidad planteada fue la posible vulneración de la potestad jurisdiccional establecida en los artículos 14, 24, 39 y 117 de la

Constitución. Debido a que al exigir dicho párrafo 8 que el informe del Ministerio Fiscal sea favorable para que pueda ser acordada por los Jueces y Tribunales dicha custodia compartida cuando uno solo de los progenitores la ha solicitado, limita la posibilidad de libre valoración de la prueba de los tribunales para incluso con el desacuerdo del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal se opuso a dicha cuestión basándose en que su actuación en tema de menores se regía por el principio de imparcialidad, de legalidad y de velar en todo caso por los derechos e intereses de los menores. No obstante, dicho parecer no era suficiente ya que aun así en caso de no ser el informe del Ministerio Fiscal favorable aunque del conjunto de la prueba quisiera el Juez acordar dicha custodia compartida, no podría por impedírsele el desacuerdo del Ministerio Fiscal, con lo que la potestad jurisdiccional y el libre acceso a la justicia de todo ciudadano se verían vulnerados. Por otro lado tampoco el mandato del art. 39 de la Constitución otorga razonabilidad y proporcionalidad a la norma cuestionada, pues tal como se sabe que todos los poderes públicos, como son los Jueces, Tribunales y el Ministerio Fiscal, deben asegurar la protección integral de los menores, existe a pesar de ello una invasión del Ministerio Fiscal en las competencias jurisdiccionales.

La Fiscalía en su proceder en cada caso no va a limitar su intervención a llevar a cabo una valoración de los presupuestos normativos, en un estadio precedente y con una funcionalidad distinta de la desarrollada por el titular del órgano jurisdiccional, sino que hasta ese momento y con la norma como estaba redactada, tenía la facultad de vetar la decisión discrepante del Juez si así lo

⁷² RTC 2012\185

consideraba oportuno, bastándole para ello con no informar, hacerlo neutralmente o desfavorablemente e impedir así que el Juez pudiera dictar una resolución distinta a su parecer.

Será por tanto el Juez que en cada caso conozca de un asunto, el que debe valorar en atención a las circunstancias de cada supuesto, si se impondrá

la modalidad de custodia compartida, si la misma resulta como la más beneficiosa para el menor. Con lo que aunque puedan los progenitores regular tal medida y acordar su aplicación, y el Ministerio Fiscal en aras de velar por los derechos e intereses de los menores, será el juez en última instancia el que tenga que tomar una decisión final sobre la medida de custodia a aplicar.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional realiza una nueva consideración. Dice la Sala que no es lo mismo que sea el Ministerio Fiscal quien posea la facultad de decisión en régimen de guarda y custodia, cuando no hay acuerdo entre los progenitores, a que la tenga el Juez, pues la diferencia entre ambas actuaciones radica, entre otras, en que la de este último puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible. Ello provoca no sólo que las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo tampoco puedan valorar y decidir si el interés del menor requiere esa guarda y custodia compartida, es decir, de nuevo su función jurisdiccional queda impedida por la previa decisión del Ministerio Público, sino también que el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida y regulada en el artículo 24.1 CE se vea gravemente comprometido. Todo esto supone a juicio del Tribunal Constitucional, afirmar que el párrafo 8 del artículo 92 CC conculca la función jurisdiccional garantizada en el art. 117 CE.

En la distinta casuística jurisprudencial podemos encontrar resoluciones como la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2015,⁷³ donde se establece una custodia compartida por semanas para el padre

⁷³ RJ 2015, 4746

y la madre.

Este criterio de custodia compartida se acuerda por nuestro Alto Tribunal en contra de las sentencias del Juzgado de Primera Instancia de Madrid y de la Audiencia Provincial de Madrid que establecieron la guarda y custodia para la madre. Criterio éste que nos lleva a pensar en un cambio jurisprudencial por

parte del Tribunal Supremo a la hora de aplicar regímenes de custodia diferentes a los tradicionales, más acordes con los tiempos actuales y con las nuevas formas de vida y de trabajo y relaciones sociales. Adoptar un sistema de custodia compartida por semanas supone que previamente entre los cónyuges debe haber habido una buena relación y una correcta comunicación para poder llevar a cabo la misma. Ello es debido a que los cambios por semanas de los menores de un domicilio a otro deben hacerse y estar previstos para que los mismos no sufran ningún trastorno en su cotidiana forma de vida y su adaptación al nuevo régimen de vida sea lo menos traumático posible. Para ello, los domicilios de los progenitores deben tener una cierta cercanía y una adaptación para los menores de forma similar en cuanto a sus espacios de estudio, así como que exista cercanía con el colegio.

Evidentemente, esto se puede evitar si el régimen de custodia semanal se lleva a cabo en el mismo domicilio familiar y son los progenitores los que entran y salen del mismo cada vez que les corresponda ejercer la custodia de sus hijos. Esta forma va a suponer un mayor trastorno para los cónyuges pero para los menores va a ser más beneficioso porque no van a ver alterada su forma de vida ni su estancia en el hogar familiar, pudiendo desarrollar la misma vida en la medida de lo posible que estaban llevando a cabo antes de la ruptura de sus padres. Criterio seguido actualmente por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sus Sentencias núm. 135/2017 de 28 febrero y la núm. 110/2017 de 17 febrero.⁷⁴

⁷⁴JUR 2017\53344 y RJ 2017\483

Como afirma PANIZA FULLANA, si bien el Código civil regula algunos aspectos generales de la guarda y custodia compartida, no ha previsto qué ocurre con la atribución del uso de la vivienda familiar. Vuelven a chocar, en supuestos como este, el derecho de propiedad con el derecho de uso de la vivienda que fue familiar después de la ruptura de la pareja.⁷⁵

Existe también una discusión en torno la conveniencia de decretar una custodia compartida con residencia principal o privilegiada o custodia compartida con residencia alternada o un sistema de residencia única para los hijos e indistinto para los padres (“sistema de anidación”). LATHROP GÓMEZ.

76

En cuanto a la vulneración de este precepto del artículo 14 CE en cuanto al derecho a la igualdad de los niños ante la ley, así como el principio de protección de los niños que debe orientar a todos los poderes públicos, en la Sentencia de la Sala se resuelve diciendo que la alegada vulneración procedería no de la regulación de situaciones distintas para ambos progenitores en cuanto al tiempo que podrán pasar cada uno con sus hijos, que lo son, sino de la circunstancia de que el órgano judicial vea limitada, dependiendo de cada supuesto, su función jurisdiccional.

A juicio del Tribunal Constitucional, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo al Órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el

⁷⁵ PANIZA FULLANA A.; Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil. Universidad de las Illes Balears. Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de las Illes Balears. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 10/2015 parte Comentario. *Edit. Aranzadi, S.A.U.*, Cizur Menor. 2015.

⁷⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. La Ley. Madrid, 2008, p. 582

conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional. Tal como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del párrafo en cuestión. No obstante, en dicha Sentencia hubo un voto particular al que se sumaron otros tres magistrados.

En materia de intentar obtener un régimen de custodia compartida, las personas pueden utilizar distintos medios para lograr la misma sin que estrictamente sea establecida por el Juzgado una custodia compartida. Así por ejemplo sería el caso que se presentó mediante recurso de casación nº 3217/2015 a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia 553/2016, de 20 de septiembre de 2016 ⁷⁷, donde en su demanda el actor y padre de los menores, solicita un amplio régimen de visitas, sin establecer ninguna pensión alimenticia, sino que cada cónyuge sostenga a los menores cuando estén con cada uno. Más bien se trata de una custodia compartida encubierta que es la idea que desde un principio pretendía. Como entiende la Sala no puede tratarse en este supuesto de una custodia compartida, ya que cuando se acude al régimen de guarda y custodia compartida debe ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana.

Según ORTUÑO MUÑOZ, criterios a tener en cuenta al establecer un régimen de custodia compartida son los referentes a la edad de los hijos, la proximidad de los domicilios de los progenitores, la disponibilidad en cuanto al aspecto laboral y a tiempos para estar con los menores por parte de los progenitores, o el ambiente en el que estarán dichos menores como son las nuevas relaciones con amigos, vecinos o la continuidad con su entorno escolar o familiar. ⁷⁸

⁷⁷ RJ 2016/4440

⁷⁸ ORTUÑO MUÑOZ, P. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Edit. Civitas pp 56-57

Para GARCÍA GARNICA de esta forma se garantiza que los menores lleven una forma de convivencia después de la ruptura, lo más parecida posible a la que tenían cuando estaban conviviendo con ambos progenitores, al poder mantener una equiparable relación con ambos. ⁷⁹

Como ya hemos dejado expuesto, el régimen de custodia compartida es una cuestión en la que desde el principio se han establecido las bases

necesarias para su adopción por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y así se sigue haciendo en las distintas sentencias que se van dictando, manteniendo con ello el criterio jurisprudencial.

Un ejemplo de ello sería la sentencia num. 200/2014 de 25 de abril del Tribunal Supremo ⁸⁰, donde se establecen las bases que deben regir en el modelo de custodia compartida. Bases que no solo se reconocen en esta sentencia sino que posteriormente han sido reiteradas y consolidadas por múltiples sentencias que han sido dictadas por el Tribunal Supremo y también por las Audiencias Provinciales y los distintos Juzgados en aplicación de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, creando así una sólida jurisprudencia.

Bases como son: ir siempre en interés de los menores; acordarse con acuerdo mutuo de ambos progenitores o en contra de uno de ellos si beneficia a los menores; exigir la presencia de suficientes capacidades de ambos cónyuges para llevar a cabo el ejercicio de la misma; y que exista un mínimo y necesario diálogo y respeto entre los cónyuges para que con la nueva situación filial que se crea, no sufran los menores y todo sea en beneficio y desarrollo personal para ellos.

⁷⁹ GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio*. Editorial Aranzadi. Primera Edición. Navarra. España. 2008, p. 52.

⁸⁰ RJ 2014/2651

Es muy importante en estas situaciones que con la nueva forma de vida que se crea para los menores, no se altere su forma de vida, tanto la personal, familiar como la escolar y de relaciones con su entorno de amigos, ya que el hecho de la ruptura de la pareja es una cuestión que no debe afectar a los menores y desde luego es algo no deseado por los mismos, puesto que desearían que sus padres continuaran juntos. Así pues estas situaciones deben llevarse a cabo de forma que los menores noten el menor cambio posible en

sus vidas y continúen en sus relaciones con sus padres de la misma forma que lo estaban haciendo durante la convivencia conyugal o de pareja, pero ya llevando a cabo dicha relación con uno solo de sus progenitores en cada momento.

Podemos encontrar aportaciones como la que realiza UREÑA MARTÍNEZ ⁸¹ para quien la aportación más valiosa, que realiza la STS de 19 de julio de 2013, es que refuerza la tendencia actual pro custodia compartida, al modificar la medida de guarda exclusiva –que estaba funcionando bien–, con el argumento de que el favor filii en la sociedad actual exige un compromiso mayor y una colaboración entre los progenitores: se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de los progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel. Podemos llegar a la conclusión, por tanto, de que es determinante que una de las premisas más importantes que se exige para acordar la custodia compartida es que exista mutuo acuerdo entre las partes o, al menos, buena relación; no obstante, no es requisito imprescindible dicho

⁸¹ UREÑA MARTÍNEZ M. Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Castilla-La Mancha. Publicación: Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num. 94/2014 parte Sentencias. *Editorial Civitas*, SA, Pamplona. 2014

acuerdo, sino más bien una voluntad decidida y razonable vinculada al desarrollo del menor, al igual que unas aptitudes y cualidades para el diálogo entre los progenitores que beneficie a los menores.

Para DELGADO DEL RÍO ⁸² al enfrentarse con el hecho de reconocer o no una guarda compartida, la jurisprudencia viene exigiendo, como condición

«sine qua non», la necesidad de una específica capacidad para el entendimiento, para el diálogo, acreditar en los progenitores una determinada actitud, una para la comunicación y para la cooperación mutua.

De lo contrario el sistema de guarda compartida se convertirá en una fuente de enfrentamientos, de conflictos, de problemas en el ámbito familiar y en la relación entre todos sus componentes. En tal caso, el interés de los menores aconseja un sistema de guarda exclusiva.

Es consecuencia de lo establecido con el nuevo régimen de custodia compartida, la cuestión de la pensión alimenticia, materia en la que cuando haya semejanza en la percepción de ingresos por ambos progenitores, no existe obligación de abonar pensión de alimentos, conforme se establece dicho criterio en la sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección Segunda, de 24 de marzo de 2014, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, de 10 de febrero de 2014, las sentencias de la Audiencias Provincial de Islas Baleares, Sección Cuarta, de 14 de mayo de 2013, 19 de mayo de 2014, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, de fechas 28 de marzo de 2014 y 3 de marzo de 2014. Y en contra, con un criterio jurídico coincidente entre sí y dispar del anterior encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, de 25 de marzo de 2013, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de 23 de

⁸² DELGADO DEL RÍO G. “La custodia de los hijos: la guarda compartida: opción preferente”. BIB 2010\3063. *Edit. Aranzadi*, S.A.U., Enero de 2010. ISBN978-84-470-3532-8.

julio de 2012 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda, de 30 de junio de 2011, las cuales establecen la obligación de abonar alimentos aun cuando se haya establecido el régimen de guarda y custodia compartida.

Por ello, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo fija su jurisprudencia en

este punto en el sentido que ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%. Por lo tanto, existiendo una jurisprudencia contradictoria entre distintas Audiencias Provinciales, se hizo necesario que el Tribunal Supremo en casación fijase la jurisprudencia correcta y la que debía ser seguida por las distintas Audiencias y órganos judiciales en las siguientes demandas que se le presentasen relativas a custodias de menores de edad. Con ello, se consolida la jurisprudencia que en estos casos ha establecido el Tribunal Supremo.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha sido recogida también por el Tribunal Supremo, ha supuesto un cambio de visión extraordinario hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido ello a las amplias facultades que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Ello porque el Tribunal Constitucional estableció doctrina constitucional en su Sentencia nº 185/2012 de 17 de octubre⁸³ declaró inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. Es por tanto al Juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la

⁸³ BOE» núm. 274, de 14 de noviembre de 2012, pp 152 a 170

facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficioso para el menor.

Así lo afirmó PÉREZ CONESA,⁸⁴ cuando concluyó que lo que realmente vulnera la plena potestad jurisdiccional es un informe desfavorable del Ministerio Fiscal. Siendo favorable, el Juez podrá acordar o denegar la custodia compartida si estima que acordándola o denegándola se protege el interés superior del menor.

Como sigue afirmando PEREZ CONESA en este asunto es en el caso de ser desfavorable el dictamen que tenga que emitirse por parte del Ministerio Fiscal en el que quedará limitada la exclusividad y plenitud del ejercicio de la potestad jurisdiccional, puesto que no podrá decretarla a pesar de que valore dicho régimen de guarda como el más idóneo para proteger el interés del menor. En este sentido es en el que se ha dictaminado por el Tribunal Constitucional el contenido inconstitucional del término favorable, sino en una u otra medida libre la potestad jurisdiccional para acordar la decisión que estime más adecuada.

El informe del Ministerio Fiscal debe valorarse, por tanto, junto con los demás medios de prueba, al no ser requisito imprescindible que sea favorable. HERNANDO RAMOS.⁸⁵

⁸⁴ PÉREZ CONESA, C., «Inconstitucionalidad del inciso “favorable” del artículo 92.8 del Código Civil (LEG 1889, 27) relativo a la custodia compartida solicitada por un solo cónyuge (STC 17 de octubre de 2012 [RTC 2012, 185]) » en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil , enero 2013, nº 9. p. 67.

⁸⁵ HERNANDO RAMOS, S. El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida. Diario La Ley, ISSN 1989-6913, Nº 7206, 2009.

Como afirmaba la ya citada STS 257/2013 de 29 de abril que establece doctrina esencial sobre la materia, la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de

que no se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.

El [artículo 92 del CC](#) -STS 19 de abril de 2012- establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el apartado 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores.

La segunda se contiene en el apartado 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos. En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos, de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el apartado quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el apartado octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código Civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse. No obsta a lo anterior, sigue diciendo, lo dicho en la Sentencia 614/2009, de 28 septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el [art. 91 CC](#), el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código Civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición al menos por uno de los cónyuges.

Este sistema está también recogido en el [art. 80 del Código de Derecho foral de Aragón \(Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo\)](#). A pesar de ello, existen otras soluciones legales, como la contemplada en los números 1 y 2 del [art. 5](#) de la [Ley 5/2011, de 1 de abril](#), de la Generalitat Valenciana de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero no es precisamente lo que determina el Código Civil.

El Tribunal Supremo viene insistiendo en que las sentencias recaídas en procesos en que se discute la guarda y custodia compartida han de valorar correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando

suficientemente, a la vista de los hechos probados, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda.⁸⁶

Como se afirma en la STS 96/2015 de 16 febrero⁸⁷, esta línea jurisprudencial del Alto Tribunal reacciona frente a aquellas sentencias de instancia que no tienen en cuenta más que aparentemente y de una forma retórica el interés del menor; esa invocación superficial no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida pedida únicamente por uno de los progenitores.

Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (STS de 2 de julio de 2014).

Por ello, la custodia compartida conlleva como premisa fundamental la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la existencia de actitudes y conductas que beneficien en última instancia al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que

⁸⁶ Así las SSTS de 28 de septiembre de 2009, 8 octubre de 2009, 7 julio de 2011, 21 de julio de 2011, 22 de julio de 2011, 27 de septiembre de 2011, 9 de marzo de 2012 y 29 de abril de 2013.

⁸⁷ RJ 2015/564

sustente un crecimiento armónico de su personalidad.

Finalmente, debemos referirnos al contenido del artículo 92.7 del Código Civil, donde se regulan los supuestos de conflicto entre los progenitores, en los que no se podrá optar por la custodia compartida, puesto que dicho apartado dispone que «no procederá la guarda y custodia conjunta cuando cualquiera de

los padres está incurso en un proceso penal incoado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad o indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de los padres y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».

En una materia tan sensible como es la violencia doméstica, no solo de género sino también la que pueda afectar a los menores, no puede conllevar la concesión de derechos y beneficios para quien tiene como forma de vida la violencia y la intimidación, ya sea sobre su cónyuge o sobre sus hijos.

Como afirma BERROCAL LANZAROT ante supuestos de violencia de género el propio artículo 92.7 del Código Civil impide acordar la guarda y custodia compartida, por estar integradas entre las medidas de lucha contra la violencia de género.⁸⁸

Por todo ello, en aras de preservar el bienestar de convivencia y la integridad física y moral, es justo y razonable suprimir los derechos de relación del progenitor que ejerza tales actos sobre su cónyuge o sus hijos en tanto tales situaciones desaparezcan y con la intervención de las adecuadas terapias, se reviertan tales situaciones y la persona con estas formas de actuación,

⁸⁸ BERROCAL LANZAROT A. I. [La Ley. Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores](#), ISSN-e 2341-0566, [Nº. 12, 2016](#) (Ejemplar dedicado a: PROTECCIÓN DEL MENOR EN SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO)

modifique su forma de vida y deje de utilizar la violencia física y moral como un instrumento de manipulación y control sobre su cónyuge, su pareja o sus hijos.

4.2.- DERECHO DE ALIMENTOS A LOS HIJOS

La patria potestad se halla configurada no sólo como un derecho de los progenitores respecto de sus hijos menores, sino que conlleva también una obligación de cumplimiento de una serie de deberes para con éstos, en cuyo beneficio debe ser siempre ejercitada. Los hijos encarnan el más estimable bien que debe salvarse y protegerse en caso de crisis matrimoniales precisamente por su situación de desamparo frente a los intereses privativos de los progenitores, y es por ello que todas las medidas que en este extremo se adopten han de ir encaminadas a favorecerlos, tanto en el plano moral como en el material, debiendo ser tomados todos los acuerdos sobre cuidado y educación en su beneficio, pues todas las normas legales reguladoras de las medidas relativas a los hijos deben estar informadas por el criterio primordial del «*favor filii*» del Código Civil. Por su parte, el art. 154 del Código Civil establece que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y comprende los deberes de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, comprendiendo los alimentos todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, así como educación e instrucción del alimentista, y su cuantía ha de ser proporcionada al caudal y medios de quien los da y necesidades de quien los recibe (art. 146 del Código Civil).

Tanto en las cuestiones paterno como materno filiales en materia de alimentos, es principio elemental, necesario e indeclinable de cualquier medida atinente a los hijos, como así se consagra en el Código Civil en sus artículos 92, 93, 94, 103.1ª, 150 y 170, y, en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, que sea el interés de aquellos el que deba prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores; y su beneficio la razón de ser o el fundamento de las prescripciones legales. En base a ello supone un elemento de intervención preceptiva la presencia del Ministerio Fiscal en cualquier procedimiento judicial

relativo a menores, pues será ésta el encargado de velar por los derechos e intereses de los menores.

En el derecho común la obligación de alimentos entre parientes viene regulada en los artículos 142 a 153 del Código Civil. En los mismos se contiene la obligación de atender unos parientes a otros con la obligación de alimentos al darse una situación de necesidad y siempre que el pariente que deba proporcionar tales alimentos, disponga de bienes y caudal económico suficiente para proporcionarlos. De igual forma que ya han afirmado DÍEZ PICAZO y GULLÓN esta institución tiene su fundamento “en el principio de solidaridad familiar, que obliga a los parientes a atender las necesidades vitales que cualquiera de ellos tenga y no pueda satisfacer por sí”.⁸⁹

Entre las personas obligadas a darse recíprocamente alimentos se encuentran los cónyuges, según dispone el artículo 143.1º del Código Civil. Así en una relación matrimonial, los cónyuges deben procurarse el sustento en virtud de los deberes de ayuda y socorro mutuo que la ley prevé como efecto personal del matrimonio. Pero cuando nos encontramos en casos de crisis familiar, presentándose así como una obligación autónoma el artículo 108 del CC dispone que *“La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y no matrimonial así como la adoptiva, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”*.

⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil, Volumen IV*, Madrid, Edit. Tecnos. 2006, p. 47

Es este último párrafo el que equipara con los mismos derechos y condición a cualquier hijo nacido, dentro o fuera del matrimonio, incluso los adoptivos.

A pesar del mantenimiento de estas obligaciones legales respecto de los cónyuges, hemos de decir que al igual que sucede con la pensión compensatoria, los Tribunales sostienen que tampoco pueden fijarse alimentos

a favor del miembro de la pareja, ni de forma directa ni por analogía, que se encuentre en situación de necesidad con base en los arts. 142 y ss del CC.

Conforme ha dicho PUIG PEÑA ⁹⁰, no se debe confundir el deber de alimentos de los padres en relación a los hijos, con el más amplio deber de procurarles el sustento y educación que dimana de la patria potestad. Este es diverso y dura mientras la patria potestad y no está en absoluta relación ni con la necesidad de los hijos ni con las posibilidades económicas de los padres. Al contrario, tan solo surge la obligación alimenticia propiamente dicha cuando cumplida la obligación más amplia de alimentación del menor, educación o instrucción, el hijo se encuentra necesitado, independientemente de la edad del mismo y por tanto, deben procurársele alimentos. Tal necesidad deriva de los deberes de los progenitores en el mantenimiento y sustento de su prole, desde el momento mismo del nacimiento, hasta que los hijos tengan una independencia económica que les permita subsistir por sí mismos, sin precisar la ayuda de sus padres.

Esta obligación de prestar alimentos debe ser acogida por ambos padres de forma igualitaria como un derecho y un deber en participar en el crecimiento de sus hijos.

⁹⁰ PUIG PEÑA, *Voz Alimentos*, en Enciclopedia Jurídica Seix, II, 1950, pag. 588. Sobre la distinción entre el deber de alimentos y el deber de mantenimiento puede verse TRABUCCHI, "Voz Alimenti (Diritto Civile)", en Novissimo Digesto Italiano, appendice A-COD, 1980, pp. 227 y ss.

La prestación alimenticia a favor de los hijos tiene naturaleza de orden público, puesto que constituye la forma de actuación en el ámbito de las relaciones paterno-filiales uno de los deberes fundamentales de la patria potestad y la contribución del progenitor apartado de los hijos a los alimentos debe fijarse tomando como referencia no solo sus ingresos sino también las efectivas necesidades de los hijos confiados a su guarda, señalando la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben

implicar un olvido de las propias necesidades del alimentante determinadas por su personal situación. Así se expresan sentencias del Tribunal Supremo como la de 9 de octubre de 1981 y la de 1 de febrero de 1982.

MESA MARRERO⁹¹, afirma que la obligación de alimentos en una cuestión regulada en los artículos 142 a 153 del CC que nace de los deberes conyugales de socorro y ayuda mutua del artículo 67 y 68 del CC y que no puede ser aplicada a los convivientes. No obstante, afirma que durante la convivencia existe entre la pareja una obligación natural de alimentos. Cuestión con la que estoy totalmente de acuerdo.

Entiende la jurisprudencia que el deber de asistencia de los padres para con sus hijos es indiscutible e innegable, basado principalmente en los deberes de solidaridad humana derivados de los vínculos de sangre, como recoge el artículo 39.3 de la Constitución. Los alimentos deberán ser prestados tal como establece el artículo 142 del Código Civil, los que sean necesarios para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, incluido su educación e instrucción cuando los hijos son mayores de edad y cuando son menores a través de una pensión alimenticia, debiendo haber nacido el hijo para poder reclamar alimentos. Como afirma MORENO MOZO⁹², ésta obligación legal

⁹¹ MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Ed. Thomson Aranzadi. 2006. pp. 128 y ss.

⁹² MORENO MOZO F. *Cargas del matrimonio y alimentos*. Edit. Comares. Granada. 2008. pp. 124-127.

deberá prestarse en proporcionada cuantía al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, conforme dispone el artículo 146 del Código Civil. Con ello, aquellos progenitores con mayor capacidad económica, permitirá que sus hijos gocen de un mayor status económico y nivel de vida, de forma que no sufran penurias ni limitaciones de carácter económico en su normal desarrollo y existencia. Y si dicha obligación recae en ambos progenitores, se deberá repartir de forma proporcional a sus respectivos

ingresos. Tal como dispone la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2002,⁹³ dicha obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad, tiene unas características peculiares que le distinguen del resto de deudas alimenticias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad.

Ya se apreciaba esta cuestión en anteriores sentencias del Tribunal Supremo dictadas años atrás, como es la de 17 de febrero de 1925 que afirma que en todas las legislaciones aparece fundada la obligación de alimentos en principios inmutables, el derecho a la vida en relación con la vida y asistencia de los menores y la certidumbre del parentesco, principios inspiradores del Título 6º del Libro primero del Código Civil.

Conforme a la Sentencia del TS de 14 de junio de 1929, la deuda alimenticia se funda en el derecho a la vida por consecuencia del deber de cooperación recíproca que existe en la vida social, pero la cuantía de los alimentos tiene que ser proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

De la misma forma, la Sentencia también del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1970 se ocupa del fundamento de la deuda alimenticia, puesto que la naturaleza propia del derecho a ellos, en su calidad de institución familiar, le priva del carácter patrimonial estricto, adjudicándole un carácter público, al margen del poder dispositivo de las partes que impide su renuncia, transmisión o compensación.

⁹³ EDJ 2002, 28318; Tribunal Supremo Sala 1ª, S 16-7-2002, nº 749/2002.

Cuando se habla de cargas familiares, tan solo se puede hablar de efectivas cargas en la relación entre los hijos, mayores o menores y el progenitor con el que conviven, existiendo de este modo entre los hijos y el padre conviviente el deber recíproco de contribuir al levantamiento de dichas cargas.

Estas cargas o necesidades se refieren tanto a las de carácter ordinario como extraordinario, exigiéndose que tengan la condición de familiares. En los

casos en los que uno de los convivientes haya realizado un mayor esfuerzo en el levantamiento de las cargas familiares, será acreedor de la parte correspondiente del otro conviviente y en mayor medida en los casos en los que existan hijos.

Dichas deudas podrán ser exigidas por el progenitor que las haya soportado al otro, aunque para ello sea preciso acudir a las formas coercitivas de embargo de bienes patrimoniales, pero teniendo en cuenta que todo va a redundar en interés de los menores.

Así pues, cuando se entienda que ha existido un daño resarcible, éste se tendría en consideración según la diferencia entre el nivel de vida efectivo de la familia y aquél al que hubiera tenido derecho si el conviviente al que se le exige, hubiera cumplido de forma efectiva.⁹⁴

La protección de los hijos en la parejas de hecho, se articula mediante la aplicación por vía de la analogía de las normas civiles, en concreto el artículo 96.1º del CC, cuando se trate de hijos menores de edad y ello debido a la prohibición de discriminación de los hijos por razón de nacimiento reconocido en el artículo 14 de la Constitución. La unión de la pareja puede ser de hecho o no matrimonial pero los hijos son de igual condición de filiación que los de cualquier matrimonio y por ello requieren de la misma protección tenga la pareja regulación legal o no y además la normativa civil que regula la pensión de alimentos, la

⁹⁴ GARCÍA RUBIO MARIA PAZ; *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Edit. Civitas S.A. p 25 y ss

patria potestad o la filiación, no habla de cónyuges sino de padre y madre, por lo que tanto lo son los de un matrimonio como los de una pareja de hecho.

Este recurso a la analogía, se hace no solo en cuanto a alimentos se refiere, sino también para establecer la guarda y custodia de los hijos, el régimen de visitas o la atribución del domicilio familiar; aplicándose en estos casos el artículo 4.1º del CC. Entiendo que en aras de proteger estos derechos

y sobre todo porque afectan a menores, es la mejor fórmula para darles solución y cobertura jurídica. De no ser así se crearían situaciones de desprotección social que habría que solucionar buscando la aplicación de otras figuras jurídicas que proporcionaran una coexistencia social, garantizando así el reconocimiento y aplicación de derechos básicos sobre las personas más desprotegidas, como son en este caso los menores de edad.

A pesar de ser válidos los pactos a los que puedan llegar los convivientes sobre distintas cuestiones de su relación, no obstante, en aspectos como los que estamos analizando de alimentos, no pueden tener una disponibilidad total y absoluta sin control alguno las partes de la relación, puesto que al igual que sucede con el convenio regulador en un divorcio que es sometido al control judicial y será el Juez en sentencia el que apruebe o no los términos del convenio sobre todo si hay menores a los que afecte, en los pactos a los que puedan llegar los convivientes en esta materia, tendrá el control judicial para que no se vulneren derechos de los menores y se protejan íntegramente sus intereses por encima o preferentemente incluso a los de la pareja.

Podemos afirmar que esta es la razón de aplicar de forma analógica los artículos 90 y 91 del CC referentes al convenio regulador para los casos de rupturas matrimoniales de mutuo acuerdo.

En base a todo lo expuesto, como con acierto afirma CABEZUELO ARENAS la obligación alimenticia es el deber moral y legal impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra u otras, con las que le unen lazos de parentesco, en atención a la condición de necesitados que presentan los últimos y a que los primeros poseen medios económicos suficientes para cumplir este deber.⁹⁵

En cuanto a la obligación de alimentos entre los propios convivientes puede tener algunas especialidades, así la obligación establecida en el Código Civil en su artículo 142 y siguientes, por la que los parientes deben procurarse alimentos y entre estas personas se incluyen a los cónyuges, no obstante, entre esta obligación no se incluye a los miembros de las parejas de hecho.

Para COBACHO GÓMEZ el derecho de alimento, en tanto se liga a la personalidad, no posee carácter patrimonial, si lo concebimos abstractamente como el derecho a reclamar auxilio para la subsistencia si lo llegare a precisar una persona por estar comprometida su vida. No obstante, una vez que se concreta su contenido mediante la fijación de una pensión, se transforma aquél en una obligación pecuniaria y, más exactamente, en una deuda de valor.⁹⁶ A pesar de esta afirmación, debo decir que en el transcurso de la convivencia y cuando la misma es pacífica y estable sin mayores problemas, dicha obligación de procurar alimentos y sustento económico se cumple por sí solo, tal como una acción o acto natural. En este caso estaríamos ante un cumplimiento como un deber moral de atenderse los convivientes de forma mutua. Ello es así porque si no se cumpliera dicho deber, la posibilidad más lógica que sucedería es que la convivencia se rompiera por la falta de apoyo y ayuda mutua que se entiende de cumplimiento voluntario y espontáneo.

Dicha obligación no podrá ser exigida jurídicamente en caso de que no exista un cumplimiento voluntario por parte de alguno de los convivientes por tratarse de una obligación natural.

⁹⁵ CABEZUELO ARENAS ANA LAURA Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla Grandes Tratados. *Tratado de Derecho de la Familia* (Volumen I). BIB 2015\18063 Edit. Aranzadi, S.A.U., Enero de 2015. ISBN978-84-9099-632-4

⁹⁶ COBACHO GÓMEZ, J. A., *La deuda alimenticia*, Madrid, Montecorvo, 1990, p. 60

De igual modo, si producida la ruptura de la pareja, el miembro de la misma que ha efectuado el cumplimiento de dicha obligación natural, no podrá no obstante exigir la devolución de lo entregado o cumplido o de su valor, puesto de que el cumplimiento fue voluntario y dichas prestaciones no son repetibles. Así el artículo 1901 del Código Civil determina que la irrepitibilidad de la prestación realizada es la principal consecuencia que se desprende de las obligaciones naturales cuando la entrega ha sido realizada por justa causa y a título de liberalidad, sin poder reclamar su devolución en estos casos.

Para BELTRÁN DE HEREDIA «en realidad (...) se tutela un interés privado, individual, que tiene su fundamento en el derecho a la vida configurado como un "derecho a la personalidad"»,⁹⁷ debiendo quien tenga que prestar alimentos realizar los esfuerzos necesarios para conseguir un trabajo con que satisfacerlos y no permanecer ocioso para librarse de dicha obligación.

La jurisprudencia ha ido quitando valor a la prohibición que existía por la que los pactos efectuados entre los convivientes debían considerarse nulos por ser contrarios a la moral y al orden público, por lo que, es lícito y permisible la realización contractual entre los convivientes para establecer una forma de ayuda o socorro mutuo. Y así es admitido actualmente la validez y eficacia de este tipo de acuerdos. Decir que la suscripción de dichos pactos puede entenderse tanto para la etapa de la convivencia como para el caso de producirse la ruptura de la misma y estar dispuesto así a contribuir con una obligación de alimentos.

No obstante, el hecho de existir un pacto o acuerdo entre la pareja conviviente para determinar la cuantía de la pensión de alimentos de sus hijos, no supone su aprobación judicial de facto y ello porque como señalé anteriormente en todo procedimiento judicial donde se diluciden cuestiones que afecten a menores y sobre todo en materia de protección económica por lo que su sustento supone

⁹⁷ BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, 1958, p. 33.

para los menores, deberá de intervenir el Ministerio Fiscal con la función legal de proteger los derechos e intereses de dichos menores.⁹⁸ Una vez que se concreta su contenido mediante la fijación de una pensión, se transforma aquél en una obligación pecuniaria y, más exactamente, en una deuda de valor.

Es así que puede ocurrir que ante un acuerdo cerrado y firmado entre los progenitores del menor en un procedimiento judicial de establecimiento de alimentos, el Ministerio Fiscal se oponga al mismo entendiendo que los derechos del menor no quedan garantizados.

Se me ha presentado en la praxis judicial en alguna ocasión, aunque si bien es cierto que no es una práctica muy común, el caso en que hay progenitores que tienen interés en adquirir la guarda y custodia de sus hijos ante un procedimiento de separación de la pareja, bien porque puedan depender de sí mismos o porque tengan la encomiable ayuda de una tercera persona con la que hayan constituido una nueva relación, se muestran conformes a firmar un convenio regulador en el que pactan el no establecimiento de pensión alimenticia para sus hijos por parte del progenitor no custodio, manifestando su entereza por hacerse cargo íntegramente del mantenimiento económico de sus hijos.

Este tipo de acuerdos en los que el progenitor no custodio firmará dicho convenio de forma placentera aunque manifieste su firme voluntad de cooperar en el sustento de su hijo en todo lo que precise, cuando por parte del Juzgado competente se da traslado al Ministerio Fiscal para que emita informe sobre el mismo, son prácticamente unánimes las ocasiones en las que el Ministerio Público se muestra contrario a la falta de fijación de una pensión alimenticia en la cuantía que sea suficiente para atender el mantenimiento del menor, puesto que entiende que la obligación legal y moral de hacerse cargo del mantenimiento del menor debe recaer sobre ambos progenitores en igual forma en proporción a las necesidades del menor y a la capacidad económica de los progenitores.

⁹⁸ Así STS 11 octubre 1982 (RJ 1982, 5550)

Entiendo que por existir dicha oposición del Ministerio Fiscal no debe ser desechada la tramitación de dicho procedimiento por la vía del mutuo acuerdo y deberá modificarse el convenio regulador en la medida que recoja las directrices del Ministerio Público, el cual actuando por un criterio de imparcialidad respecto de ambos progenitores solo ostentará la protección del menor y no intervendrá en la aprobación del convenio con la parcialidad con la que actúan las partes, cada una en defensa de sus derechos propios. Lo cual

no significa que *sine qua non*, no sea en última instancia la voluntad de los progenitores que plasmaron de forma originaria en el convenio regulador, la que finalmente se lleve a cabo; y ello porque si realmente fue esa la voluntad de hacerse cargo de forma íntegra el progenitor custodio del sustento económico de sus hijos, sin exigir nada al otro progenitor y respetando los derechos del mismo en materia de régimen de visitas y de ejercicio de todos los actos atinentes a la patria potestad, dicha voluntad inter partes se verá cumplida aunque en el convenio se refleje otra cosa, simplemente con no exigir el progenitor custodio el cumplimiento de dicho convenio mediante la ejecución judicial del mismo ante la falta de pago del progenitor no custodio. De hecho los Jueces de Instancia en el dictado de sus sentencias en esta materia, acogen y aprueban el contenido íntegro del convenio regulador firmado por las partes, siempre que no exista oposición en alguno de sus términos por el Ministerio Fiscal, puesto que entiende que los progenitores de los menores, también van a velar íntegramente por la protección de los derechos e intereses de sus propios hijos. En la mayoría de los casos estas resoluciones devienen en firmes, puesto que no son recurridas por el Ministerio Fiscal.

En este punto se plantea la cuestión de quien sería la persona legitimada para solicitar el cumplimiento de dicho convenio regulador pactado entre las partes, que quedará unido a una sentencia judicial. Lógicamente el primer titular será el progenitor custodio que podrá como administrador de los bienes de los menores bajo su tutela exigir el pago de dicha pensión. No obstante, puestos en el caso de que efectivamente se produzca la falta de dicho pago, el menor no estará legitimado para actuar judicialmente en dicho cumplimiento en vía civil puesto que no tiene legitimidad para actuar en un proceso judicial, lo cual no ocurrirá en vía penal en caso de existir un delito de abandono de familia, puesto que el artículo 228 del Código Penal permite al Ministerio Fiscal interponer denuncia ante la falta de pago de la pensión de alimentos cuando la persona afectada sea menor de edad, incapaz o persona desvalida. La cuestión que se plantea es si conocido por el Ministerio Fiscal el caso de falta de pago de la pensión de alimentos, puede éste plantear el procedimiento de ejecución de sentencia reclamando para el menor el pago de dicha pensión. Debe tenerse en cuenta para ello que en todo caso la persona

que tutelaría y administraría dichos caudales impagados sería el progenitor custodio y no el menor. En este sentido respecto a la persona titular de la posibilidad de exigir o renunciar al pago de la pensión alimenticia, se ha expresado la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Granada en el auto nº 382 de 1 de junio de 2011, en la que establece que los hijos no pueden renunciar a un crédito del que no son titulares. La madre es la única acreedora y por tanto la que tan solo podría renunciar a reclamar los alimentos dejados de satisfacer, nunca los futuros por imperativo legal del artículo 151 CC, y ello de conformidad con lo estipulado en los artículos 1158 y 1212 del Código Civil.

Se plantea la cuestión relativa a la intervención que el Ministerio Fiscal ha de tener en los procedimientos en los que se dilucidan cuestiones relativas a menores, y en especial en los que se discuten cuestiones que afectan a hijos menores habidos en uniones de hecho. La discusión se plantea al entender el Ministerio Fiscal que en ese tipo de juicios no existe una legitimación legal clara y terminante del mismo que haga necesaria su intervención. De este tema se ocupa precisamente la circular de la Fiscalía General del Estado 2/1987,⁹⁹ en la que se establece una equiparación entre las uniones matrimoniales y las extramatrimoniales a los efectos de la intervención del Ministerio Fiscal, considerando que ésta es preceptiva en todos aquellos procesos en los que se

⁹⁹ Doctrina de la Fiscalía General del Estado. Centro de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia.

discuten los efectos jurídicos que la extinción de la unión de hecho vaya a producir sobre los hijos menores habidos en la misma.

A esta conclusión se llega en la citada circular en base a las razones que en ella se consignan, las cuales son compartidas mayoritariamente por los Tribunales en su integridad y entre ellas destacan como las más notables las siguientes:

- 1.º) La propia función que el Ministerio Fiscal tiene asignada en su

Estatuto (artículo 3.6 y 3.7);

2.º) La existencia de normas concretas, en el Código Civil en las que se prevé tal intervención (artículo 148, y más concretamente el artículo 158 CC); y

3.º) La necesidad de evitar un trato discriminatorio de los hijos no matrimoniales, todo ello en virtud del principio general de igualdad proclamado en el artículo 14 CE, y particularmente en virtud de la igualdad absoluta de los hijos, con independencia de su filiación que se establece en el artículo 39 de la CE.

Por otro lado, y por lo que respecta al principal obstáculo advertido por el Ministerio Fiscal en orden a su intervención, como es la inexistencia de una norma expresa que así lo establezca y a la que se pueda sujetar de forma directa, queda superado a través de una aplicación analógica a este tipo de procedimientos de las normas procesales previstas para los casos de ruptura matrimonial con hijos; posibilidad ésta que se encuentra amparada en el artículo 4.1 CC, y ello dada la identidad de razón y la falta de regulación específica que atañe a los hijos nacidos de uniones libres. En base a todo lo que se ha dejado expuesto, y dado que en todos los procedimientos que atañen a menores debe tener intervención el Ministerio Fiscal, la cual ha de ser considerada necesaria por todas las razones que han sido consignadas en todo lo que antecede, es por lo que supone la consolidación de forma legal de su intervención.

La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos donde se tratan cuestiones de protección de menores, viene regulado en la ley, y concretamente en la tramitación procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 777 en su apartado 5 al disponer que *“Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. (...)”*; a pesar de disponer la intervención del Ministerio Fiscal, no se refiere nada sobre la posible presencia de los abogados de las partes en dichas exploraciones

judiciales. En la práctica procesal forense dichas declaraciones de menores se realizan normalmente sin la presencia de los letrados de las partes, aunque se les permite la previa presentación de un pliego de preguntas que consideren importantes a realizar al menor en cuestión.

El problema que surge en algunos casos es el llamado “síndrome de alienación parental” donde el menor es manipulado por uno de los progenitores para que declare en la línea que más le interese a dicho progenitor o incluso en contra del otro con la idea de obtener los mayores beneficios para uno y por ende el mayor perjuicio para el otro. Con la presencia de los letrado de las partes dichas situaciones podrían ser minimizadas sino eliminados cuando surgieran, debido a que cada parte conoce la situación que existe en la familia, tanto lo de uno como lo de la otra, aspecto que no conocen ni el Juez ni el Ministerio Fiscal, por lo que si observa que se está afirmando aspectos que son insistentes, podrá intentar remediarlos en la medida de lo posible. A pesar de todo ello, la falta de presencia de los letrados en las exploraciones judiciales de los menores tiene el fundamento de proteger su inocencia e impedir que el proceso de por sí ya doloroso para todos, les pueda influir a ellos más. Así incluso dichas declaraciones se realizan de forma informal por los profesionales, sin llevar toga ni el Juez, Secretario Judicial o el Ministerio Fiscal. Si bien nada impediría que actuaran de igual forma las defensas de las partes y pudieran tener con ello un acceso directo y presencial a todas las pruebas a practicar en el proceso. Estas circunstancias se producen tanto en los procesos matrimoniales como en los de parejas de hecho, debido a que se trata de un problema social de manipulación sobre la inocencia de los menores a los que se les puede convencer fácilmente sobre todo con cuestiones materiales para conseguir una determinada finalidad. Es por ello que debe ser desde el punto de vista social con la implicación de todos los profesionales que actúan en los juzgados como psicólogos y asistentes sociales, la forma de conseguir que todas las partes actúen en los tribunales en las mismas condiciones.

En el estudio de todas estas cuestiones, la realidad social española nos presenta como la situación más normal la relación permanente entre hombre y mujer formalizada por el matrimonio, y como situación anormal la misma

relación permanente, libre o no formalizada, por lo que las uniones extramatrimoniales o parejas no casadas eran miradas en otro tiempo con recelo y tratadas con rigor, pero hoy día ya no tanto y son cada vez más frecuentes, porque aunque el Código Civil omite toda referencia a ellas, el artículo 39 de la Constitución Española, parece venir a reconocerlas, aunque sea de forma implícita, cuando al referirse a la «familia», sin adjetivos, se refiere tanto a la familia fundada en el matrimonio como a la extramatrimonial, debiendo apreciarse así no sólo por aplicación del clásico principio «*ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*», sino también porque el apartado 2 de dicho artículo establece «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...», dando igual tratamiento, por tanto, a los matrimoniales como a los extramatrimoniales, reconocimiento de las uniones de hecho que se han producido también jurisprudencialmente, como, por ejemplo, en la STS 18 mayo 1992 ,¹⁰⁰ que en su fundamento de derecho 3.º proclama que «las uniones libres, aunque estén carentes de normativa precisa, no por eso son totalmente desconocidas por el Ordenamiento Jurídico. Lo que supone un reconocimiento expreso de las mismas, y la asignación de todos los derechos que pueden tener cualquier pareja unida en matrimonio.

¹⁰⁰ RJ 1992\4907

No solo es esta la materia que será asignada a los integrantes de la pareja de hecho sino también a los hijos que existan de dicha pareja, que en el supuesto de que se produzca una ruptura de la misma, serán dichos menores titulares y beneficiarios de todos los derechos que las leyes civiles les reconocen, simplemente por ser menores de una pareja.

Pues bien, de tales uniones de hecho, cuando se extinguen, como en este caso, a pesar de que el Ordenamiento Jurídico español las ignora, salvo en aspectos muy concretos (por ejemplo la disposición adicional 3.ª de la Ley

21/1987, de 11 noviembre, que permite adoptar a una pareja, el artículo 101 del Código Civil, por el que la unión de hecho es causa de extinción de la pensión compensatoria, y pocos más), surgen previsiones normativas que tienen como destinatarios a los hijos, ya que éstos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (artículo 39.2 CE), como ya se ha dicho, y, habidos dentro o fuera del matrimonio, los padres deben prestarles asistencia de todo orden (artículo 39.3 CE), precisamente, entre otros motivos, como dice la STC 184/1990, de 15 noviembre¹⁰¹, «porque su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos» , y en esa asistencia, dentro de la patria potestad como función, es decir, como derecho-deber, está el velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, según el artículo 154.1.º del Código Civil, deberes y facultades que se engloban dentro del concepto de relaciones paterno-filiales, aspecto esencial de las cuales es el referente a la obligación de alimentar a los hijos menores de edad no matrimoniales, tema a tratar en el presente recurso, en el que a la hora de decidir si el padre está obligado a prestar alimentos a tales hijos, no existe problema alguno y la respuesta ha de ser afirmativa desde el momento en que la Constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento en el artículo 39.2 e impone a los padres, sin acepción de cualidad, en el apartado 3 del mismo artículo, el deber de prestar «asistencia de todo orden» a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio,

¹⁰¹ BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 1990, páginas 31 a 36

expresión que por su amplitud engloba y comprende, naturalmente, la asistencia alimenticia, y con la normativa que desarrolla el Título VI del Libro I del Código Civil (artículos 142 y siguientes), relativa a los «alimentos entre parientes», tenemos resuelto el tema relativo al derecho sustantivo aplicable al derecho de alimentos de los hijos habidos de una unión de hecho, por aplicación del artículo 143.2.º del Código Civil, e incluso por aplicación analógica de los artículos 90 a 96 del mismo Código, aunque éste dedique estos preceptos, comprendidos en el Capítulo IX del Título IV, a regular lo que

denomina «de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» en relación con los hijos matrimoniales, pues el artículo 4.1 del mismo Cuerpo Legal avala la procedencia de la aplicación de estas normas dada la identidad de razón y la falta de regulación específica que atañe a los hijos nacidos de uniones libres.

En el contenido de la obligación de satisfacer alimentos, el alimentante se compromete a proporcionar una asistencia completa al alimentista (vivienda, manutención, afecto, cuidados, etc.) a cambio de que el propio alimentista u otra persona le transmitan un capital consistente en cualquier tipo de bienes o derechos. En los casos en los que se pacte entre alimentante y alimentista la obligación de alimentos a través de un contrato, el alimentante o cesionario de los bienes es siempre parte del contrato de alimentos, en tanto que el alimentista puede serlo o no: lo será cuando él mismo transmita el capital, pero no cuando sea otra persona (estipulante) quien celebre el negocio con el alimentante (promitente) en beneficio del alimentista. En este último caso, se tratará de un contrato a favor de tercero (ex art. 1257.II CC).¹⁰²

La prestación de la obligación de alimentos tiene una serie de características que se pueden concretar en las siguientes:

¹⁰² MESA MARRERO, C. *El contrato de alimentos*. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales, Aranzadi, Pamplona, 2006; p. 57

1.- Es de naturaleza condicional y variable, puesto que la obligación se mantiene en tanto que esté vigente la necesidad del alimentante y las posibilidades de cumplimiento del alimentista.

2.- Posibilidad de elección en la prestación mediante el cumplimiento en especie o en dinero.

3.- Obligación con carácter recíproco al poder obtener alimentos en su

momento quien deba prestarlos antes. Así lo establecía la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1924 al afirmar que la deuda alimenticia era de carácter correlativo y recíproco.

4.- Carácter personal e intransmisible de la deuda y del crédito, debido a que la relación obligatoria es personal al basarse en el vínculo familiar que une al deudor con el quien lo recibe. Este carácter personalísimo ya venía recogido en tiempos pasados como se recogía en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1895, al no admitir la posibilidad de transmisión a terceras personas de dicha obligación.

5.- Imposibilidad de compensación ni de renuncia de dicha obligación. Aspectos que se recogían en la Sentencia de 2 de marzo de 1967, donde el Alto Tribunal disponía dicha irrenunciabilidad del derecho a su percepción, aunque puedan renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas.

6.- Imposibilidad de transigir sobre los alimentos futuros, ni ser sometidos a arbitraje.

7.- El derecho a percibir los alimentos es imprescriptible, puesto que no reclamados en su momento, se pueden reclamar en momentos posteriores siempre que exista la posibilidad de reclamación y la necesidad de percibirlos.

El contrato de alimentos tendrá, en principio, la misma duración que la vida del alimentista, extinguiéndose a la muerte de éste (ex arts. 1791 y 1794 CC (LEG 1889, 27)), pero nada impide que las partes establezcan una duración determinada¹⁰³

Hay que tener en cuenta que la prestación alimenticia a favor de los hijos menores tiene naturaleza de orden público, pues constituye al operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales uno de los deberes fundamentales de

la patria potestad y que la contribución del progenitor apartado de los hijos a los alimentos ha de fijarse tomando como referencia no solo sus ingresos sino también las efectivas necesidades de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (artículo 1319 y 1362 del Código Civil) y los recursos y disponibilidades del guardador (artículo 93, 145-1 y 1438 del Código Civil), aunque en la contribución de éste haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (artículo 103 y 1438 del Código Civil), habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentante determinadas por su personal situación (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1981 y 1 de febrero de 1982).

La jurisprudencia viene declarando aplicable por analogía la regla de equidad establecida en el artículo 146 del CC para la determinación de la cuantía alimenticia a favor de los hijos menores que se deberá establecer en sentencia, que señala que será proporcionada al caudal o medios de quien los dé y a las necesidades de quien los recibe, comprendiendo todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable (art. 142 CC); apreciación que el órgano jurisdiccional habrá de efectuar atendiendo a las alegaciones de las partes y pruebas aportadas,

¹⁰³ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. *El contrato de alimentos*, en Libro-Homenaje al profesor Amorós Guardiola, tomo I, Madrid, 2006, pp. 1533 a 1559, excluye la posibilidad de someter el pacto a una duración determinada.

cuidando de no dejar desatendidas las exigencias impuestas por la solidaridad familiar que el legislador tutela, pero al propio tiempo evitando una protección desmedida con olvido de las propias y reales necesidades del alimentista, encomendando al prudente arbitrio judicial la guarda del principio de proporcionalidad que debe presidir la cuantificación de la pensión alimenticia. El papel del progenitor no custodio, será, como alertaba RAGEL, el de un «mero pagador», pues ni siquiera será consultado en algo que no presenta urgencia en su materialización y que podría haber sido sometido, caso de

discrepancia, al criterio del juez, pues por extendidas que se encuentren ciertas intervenciones estéticas, no médicas ni necesarias, éstas representarían un descalabro en algunos hogares españoles si existiera el pago obligado a la mitad de las mismas sin consenso entre los progenitores.¹⁰⁴

El art. 158 CC no hace distinción entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales a efectos de que éstos, el Ministerio Fiscal o cualquier pariente puedan instar las medidas cautelares que en dicho precepto se prevén.

Así RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹⁰⁵ afirma que en el artículo 158 se establece el control judicial en el ejercicio de la patria potestad, como garantía de que ésta se ejerce siempre en beneficio del hijo, primando el interés de éste. Los poderes públicos están facultados para controlar y vigilar el funcionamiento correcto de aquélla, así como para adoptar todas las medidas necesarias que garanticen la defensa de los derechos de los menores.

¹⁰⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. «Reflexiones sobre los deberes paterno-filiales». En «Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez Picazo». Tomo III. *Thomson Civitas*. 2003. p. 4895.

¹⁰⁵ RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Catedrático de Derecho Civil. Abogado. *Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil*. BIB 2009\1705. *Editorial Aranzadi*, S.A.U., Enero de 2009. ISBN978-84-9903-307-5

La actuación judicial puede ser instada por el propio menor, por cualquier pariente del mismo o por el Ministerio Fiscal, así como ser adoptada de oficio. Se hace una enumeración abierta de las medidas, vaga, genérica, que nos lleva a admitir que será el Juez el que libremente determine si concurre alguna de estas causas, así como la medida personal o patrimonial que procede adoptar respecto a los padres para lograr la efectiva protección del hijo.

El procedimiento para solicitar tales medidas se establece en la disposición adicional 1ª de la LOPJM, y será el de jurisdicción voluntaria. En el

apartado 1º de dicho artículo 158.I se recogen las medidas relativas a asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo en caso de incumplimiento de este deber por los padres. Las medidas pueden ser garantías, depósitos, retenciones (art. 103.III). Se garantiza el cumplimiento de una de las obligaciones básicas de los padres respecto al hijo bajo patria potestad ya que comprende no sólo los alimentos propiamente dichos sino que debe abarcar todas las necesidades materiales del mismo. Dicha obligación compete a ambos progenitores aunque no ostenten la patria potestad (art. 110). Respecto al procedimiento para adoptarlas habrá que tener en cuenta los artículos 771 y ss., de la nueva LEC, en virtud de lo establecido en el artículo 748.4º. En el artículo 158.I.2º se alude a aquellas que tienden a evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de potestad de guarda, que pueden ser originados bien por la ruptura de la pareja (STS 12 febrero 1992)¹⁰⁶, bien porque surjan problemas en el régimen de visitas con el progenitor que no convive o con otros familiares y allegados. La naturaleza de esta medida y la discrecionalidad que implica no permite su impugnación casacional (STS 25 junio 1994).¹⁰⁷

106 RJ 1992, 1271

107 RJ 1994, 6502

El apartado 3º del art. 158.I se introdujo en la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, con el fin de autorizar al juez la adopción de cualquier medida que evite la sustracción de menores, bien por sus progenitores, bien por terceros. Se enumeran algunas medidas a título ejemplificativo. Por último, en el artículo 158.I.4º nos encontramos con una cláusula abierta –que hace inútiles los apartados anteriores–, pudiendo el Juez acordar todas aquellas disposiciones oportunas para apartar al menor de un peligro o que le eviten perjuicios (STS 29 marzo 2001 –atribución temporal de la guarda y custodia de una menor a los abuelos maternos ante las circunstancias de inestabilidad de la madre de la menor–)¹⁰⁸. El artículo 17 LOPJM, permite adoptar al juez

medidas de protección del menor que se encuentre en situación de riesgo.

En el artículo 158.II se establece que dichas medidas pueden adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Se amplían los supuestos en los que el juez puede adoptarlas incluyendo situaciones derivadas de relaciones paterno-filiales, así como las relativas a la tutela o guarda (STS 17 septiembre 1996).¹⁰⁹

En el artículo 216.2 hay una remisión a las medidas del 158, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, si así lo requiere el interés de éstos. Por tanto, también se aplicarán estas medidas a los hijos incapacitados aunque sean mayores de edad.

Así el art. 227 CP de 1995, actualizado conforme a la ley 1/2015 de 30 de marzo, pretende proteger precisamente a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de deberes asistenciales por el obligado a prestarlos, incorporando una nueva modalidad de abandono de familia que consiste en el impago de prestaciones económicas en situaciones de separación, divorcio o nulidad del matrimonio impuestas por resolución judicial a uno de los cónyuges, siendo reiterada la jurisprudencia de las Audiencias _____

¹⁰⁸ RJ 2001, 9852

¹⁰⁹ RJ 1996, 6722

Provinciales que declara que no basta al acusado con alegar carencia de medios para contribuir a tales cargas matrimoniales, siéndole exigible incluso que efectúe las gestiones correspondientes ante los organismos autonómicos o municipales para tratar de suplir su imposibilidad de cumplir con sus obligaciones familiares.

La no fijación de una cuantía en concepto de alimentos o de sostenimiento de cargas familiares sólo deberá tener lugar en casos muy excepcionales, no sólo de auténtica carencia de medios o caudal por parte del alimentante, sino incluso de imposibilidad cierta de obtenerlos, con arreglo a lo dispuesto en el art. 152.2.º CC. De no ser así, y acordarse tal suspensión en

casos de imposibilidad transitoria o accidental se estaría vaciando de contenido los arts. 93 y 142 y ss. CC, así como el art. 92 del mismo texto legal que, no lo olvidemos, establece la no exención a los progenitores de las obligaciones para con sus hijos en casos de separación o divorcio. Para apreciar la existencia real de la falta de medios para hacer frente al cumplimiento de la prestación alimenticia, deberá examinarse en el proceso mediante la prueba oportuna la falta de acceso al trabajo del alimentante y la inexistencia de medios y de bienes para participar en la alimentación de su prole hasta que éstos puedan procurarse medios de subsistencia por sí mismos, momento en el que cesará la obligación de alimentos de sus progenitores.

En la configuración del estudio de la obligación alimenticia, no puede haber ninguna duda de que las denominadas «uniones de hecho» o «more uxorio» actualmente constituyen una realidad social que desde una perspectiva jurídica tiene que ser admitida por Jueces y Tribunales, habiéndose manifestado en esta línea tanto la doctrina constitucional como la de los órganos de la jurisdicción ordinaria -SSTC 11 diciembre 1992, 18 enero y 8 febrero 1993-¹¹⁰ señalándose en la Sentencia de 16 diciembre 1996¹¹¹, por la Sala 1ª del Tribunal _____

¹¹⁰ RTC 1992\2221; RTC 1993\6 y RTC 1993\47

¹¹¹ RJ 1996\902

Supremo, que aunque ciertamente no falten ningunas referencias legales y jurisprudenciales que contemplen dichas situaciones fácticas, no por ello deben calificarse como supuestos no legales equivalentes a matrimonios de segundo orden o sucedáneos del mismo, ya que, realmente, implican, sencillamente, en unos casos, una alternativa al matrimonio y, en otros, una preparación al mismo que se contempla como culminación a la satisfactoria convivencia previa, siendo nota común, en cualquier caso, por regla general, excluir a dichos supuestos de la aplicación de la normativa legal matrimonial, ya que, es evidente, no suele ser voluntad de los convivientes acogerse a la misma, por razones de objeción a los formalismos, por motivos de conveniencia o por otros diferentes, pero sin que ello signifique, como ocurre con todo fenómeno social, exclusión de los derechos y deberes que surjan entre la pareja al margen del

Derecho.

También resulta preciso resaltar que la validez de los pactos por quienes constituyen una unión no matrimonial pudieran celebrar para regular sus relaciones tanto durante la permanencia de su relación como los efectos en caso de producirse el cese, tienen plena validez siempre que su contenido sea patrimonial dado que, en definitiva, quienes así obran no hacen sino hacer uso de la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.255 del Código Civil; y en este sentido, la orienta a que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas, que regulan las relaciones patrimoniales entre ellas o en período ulterior a su cesación no puedan tenerse como nulos por el mero hecho de haberse celebrado en tales situaciones.

Las relaciones patrimoniales entre los miembros de una relación more uxorio se rigen por la autonomía de la voluntad, pero ello será así siempre y cuando el caso concreto no entre en colisión con una norma de orden público. Así sucede cuando se trata de la determinación de la pensión alimenticia. En primer lugar, el artículo 146 del Código civil establece, que la cuantía de la pensión alimenticia deberá ser proporcionada al caudal o medios de quien la da y a las necesidades de quien la recibe, y en segundo lugar, el artículo 145 del referido texto legal señala que de ser dos o más los obligados a dar alimentos, se repartirá entre ellos el pago de la pensión, debiendo desde luego tomarse en consideración al tiempo de efectuar el precintado reparto, que el progenitor que ostenta la guarda y custodia, realiza una serie de prestaciones in natura cuidados propios de la guarda y custodia que si bien no son susceptibles de exacta cuantificación pecuniaria, si deben ser oportunamente valorados, para hacer recaer en mayor medida sobre el otro progenitor, las obligaciones de carácter económico, equilibrándose de este modo las prestaciones de los litigantes para con los menores.

Como indica HERNÁNDEZ GUILLÉN en los casos en los que no se cumpla con la obligación de pago de los alimentos, debemos acudir al artículo 148 del Código Civil que establece que los alimentos sólo se abonarán desde la fecha en que se interponga la demanda. Es decir, si se reclaman los

alimentos atrasados que ya hayan prescrito, la parte contrario podría alegar prescripción de los mismos. En cuanto al trámite procesal para su reclamación, diremos que un derecho de alimentos para un hijo no matrimonial, podría reclamarse bien, a través de un juicio verbal de alimentos o una pieza separada de medidas en un expediente de fijación para un supuesto de relación no estable a través de unas medidas provisionales anejas a un proceso principal de menor cuantía, en el marco de una reclamación más amplia sobre atribución del disfrute del domicilio familiar, pensión para el conviviente y liquidación de bienes adquiridos durante la convivencia etc., en los casos de uniones de hecho.¹¹²

El concepto de alimentos que recoge el artículo 142 y siguientes en relación con el artículo 93 ambos del Código Civil, fija el contenido de la prestación alimenticia, si bien con la ampliación y matización que la jurisprudencia ha hecho en el sentido de que los alimentos se fijarán de acuerdo a las circunstancias familiares de cada persona, debiendo considerarse además, aunque dicho artículo 93 no lo recoge, como parte integrante de la prestación alimenticia, el trabajo de atención a los hijos del progenitor que tiene atribuida la guarda y custodia prevista en el artículo 103.3.º del Código Civil.

¹¹² HERNÁNDEZ GUILLÉN EVA. Publicación: Revista Aranzadi Doctrinal num. 1/2017 parte Fichas de Jurisprudencia. *Edit. Aranzadi, S.A.U.*, Cizur Menor. 2017.

Determinado el contenido prestacional de la obligación alimenticia, debe atenderse, para la fijación de su cuantía, al sistema de proporcionalidad que establecen los artículos 146 y 147 del Código Civil, que mencionan el caudal del obligado a darlos y las necesidades de los hijos a fin de obtener el adecuado equilibrio.

Los derechos y deberes de los hijos matrimoniales y de los extramatrimoniales derivados de las relaciones paterno filiales tienen que ser idénticos (tanto en el aspecto personal como en el pecuniario o patrimonial), y en consecuencia encontramos que el número 2 del artículo 39 de la

Constitución señala que: «*Los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación*», desarrollando el principio del que: «*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón del nacimiento*» (art. 14 de la Constitución). Y, en cumplimiento del mandato constitucional, el artículo 108 del Código Civil dispone que: «*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza pueden ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*».

5.- EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS PAREJAS DE HECHO.

A.- DURANTE LA CONVIVENCIA.

5.1.- PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

La Constitución reconoce y protege a la familia, formada ésta por personas unidas en matrimonio o no. ¹¹³

Como elemento fundamental que distingue a las uniones de hecho del

matrimonio, es el carácter informal que las mismas presentan. Los contrayentes de un matrimonio deben seguir unas directrices legales y cumplir sus cánones para poder contraerlo, así como sujetarse a la normativa legal que regula el matrimonio, en cambio las parejas de hecho buscan precisamente lo contrario, el estar bajo su propia y personal forma de actuar y convivir sin someterse a la normativa legal estatal que les rija en su actos y decisiones. Esto presupone que si ya desde su inicio la pareja de hecho, busca alejarse de formalismos legales y equiparables al matrimonio, de la misma forma en la manera de regularse y disciplinarse no se van a someter a los distintos regímenes que regulan el matrimonio, ni por aplicación directa ni por vía de la analogía, sino que habrá que buscar un sistema propio dentro del ámbito legal español.

El TS en sentencia de 23 de julio de 1998 señala: "que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión no matrimonial (*more uxorio*) por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por un pacto

¹¹³ PINTO ANDRADE C. *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*. Edit. Bosch. 2008. p. 24.

expreso o por su *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o alguno de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho".

La anterior sentencia de 16 de diciembre de 1996 dejaba claro que las uniones matrimoniales y las uniones de hecho no podían ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equiparables. Por lo que, no le serían aplicables a las uniones de hecho, normas que estén específicamente establecidas para regular el matrimonio, a no ser que esto

fuese factible mediante la aplicación de la analogía, que en ningún caso serviría para el caso del régimen económico matrimonial, debido principalmente a que la libertad que se autoconceden los convivientes al margen de formalidades matrimoniales, no puede paradójica y contradictoriamente tener parigual con vinculaciones societarias de carácter económico, a no ser que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y dentro de sus límites, se constituyeran pactos válidos de esta índole.

Enlaza esta materia de la analogía, con los artículos 97 y 1438 del Código Civil al regular en los casos de separación de bienes, que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará.

Para ZURILLA CARIÑANA estamos ante una opción familiar amparada en el principio del libre desarrollo de la personalidad, como fundamento del orden político y la paz social, consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución Española. Otros preceptos de nuestra primera norma dan también cobertura a las parejas de hecho. Tal sucede con el artículo 9.2, que impide la discriminación de estas situaciones, de conformidad con los principios de libertad e igualdad tanto del individuo como de los grupos en que éste se integra; y, sin duda, con el artículo 39, que proclama la protección de la familia y ésta no es sólo la fundada en el matrimonio, sino también la que se basa en la convivencia *more uxorio*.

La problemática que plantean estas situaciones es extraordinariamente amplia, especialmente en el ámbito patrimonial. Una de las cuestiones más controvertidas es la relativa a la aplicación a las mismas de las normas reguladoras del matrimonio. De interés también son los problemas que atañen a los efectos patrimoniales de estas uniones constante la convivencia y los que se producen en los casos de ruptura de la misma (ya sea por crisis de la pareja, ya por fallecimiento de uno de los convivientes).¹¹⁴

La convivencia de una pareja de hecho genera distintas obligaciones como el pago de deudas contraídas, donde es fundamental determinar quién asume su pago o quien es el obligado al pago, y de forma subsiguiente si se adquieren bienes en común o con carácter exclusivo deberá determinarse cuál

de los dos convivientes puede disponer de los mismos y cuál es su régimen de administración y gestión.

En cuanto a la administración de sus propios bienes, cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes, así como de los que adquiera durante la convivencia, como propietario exclusivo o en pro indiviso.

Al no existir una regulación por ley relativa a la atribución de los gastos de la pareja, éstos se distribuirán y asignarán conforme a los pactos y acuerdos a lo que hayan llegado la pareja.

En el estudio de la regulación de las uniones de hecho y para determinar que figura jurídica se les iba a aplicar, son distintos los intentos que ha habido de pretender acudir a las normas civiles del matrimonio. No obstante, esta posibilidad no ha tenido éxito, debido a que el ámbito de regulación en ambas formas no es el mismo y por ello no puede ser asemejado.

¹¹⁴ ZURILLA CARIÑANA MARÍA DE LOS ÁNGELES. Profesora Titular de Derecho Civil. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 22/2007 parte Estudio. Edit. *Aranzadi*, S.A.U., Cizur Menor. 2007.

Como distinciones respecto de las relaciones matrimoniales podemos decir que:

1º) Mientras las "uniones de hecho" o "*more uxorio*" son simplemente fácticas y están al margen del acto formal matrimonial, los matrimonios siguen sus trámites formales; lo que da lugar a que respecto de estos últimos surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, tal acontece, por ejemplo con la creación de "*status iuris*" de casado/a que tampoco es de aplicación a las uniones paramatrimoniales, y lo mismo sucede con los requisitos y efectos que la disolución de las relaciones matrimoniales requieren y que no se aplican para las de puro hecho.

2º) Que la admisión de esta realidad social ha motivado interesantes cambios en orden a la solución de los problemas de ella derivados, que desde

luego no vienen facilitados por la aplicación analógica de las normas reguladoras del matrimonio, pues además de no darse la misma situación ni concurrir la semejanza o identidad de razón, el uso de la analogía supondría subvertir los principios informadores del derecho e incidir en una auténtica creación judicial de derecho.

3º) Que esa falta de equivalencia de las uniones de hecho con el matrimonio impide la aplicación de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales, de ahí que sean los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados los que patenten o exterioricen su voluntad de regir las relaciones patrimoniales por uno u otro de los regímenes legales existentes en los derechos forales, o de constituir un condominio o comunidad de bienes o más bien una sociedad particular o universal. ¹¹⁵

¹¹⁵ Crítica en la aplicación analógica por la jurisprudencia del artículo 97 del CC a las parejas de hecho en el análisis que realiza sobre la jurisprudencia en esta cuestión por parte de David López Jiménez, becario de investigación del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, en su artículo sobre la aplicación analógica de la pensión compensatoria como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes. Aranzadi Civil. Pg. 2367 y ss.

Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 1991, 18 de mayo de 1992, 22 de julio de 1993. Más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998 insiste en tal interpretación restrictiva afirmando que la convivencia "*more uxorio*", entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho.

La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo, sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica.

El Tribunal Supremo parte de la idea de que la convivencia "*more uxorio*" no está regulada por la ley, pero tampoco es rechazada por ésta. Reiteradamente, ha declarado que no se le puede aplicar la normativa del matrimonio, especialmente la de los regímenes económico matrimoniales - Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1992.¹¹⁶

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1993 declara que es de imposible aplicación la normativa de la comunidad de gananciales, lo que reiteran las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993 que insiste en que no se le puede aplicar ni ésta ni la del régimen de separación de bienes; igualmente dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1994 que no se le pueden aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales, lo que repiten las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1994, 18 de marzo de 1995. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 expresa literalmente que la nota común que resulta de la propia noción es la exclusión, por regla general, de las normas _____

¹¹⁶ RJ 1992\8589

legales del matrimonio para disciplinar estas situaciones, ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras; la misma idea se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1997.

Dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1992 que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial o "*more uxorio*", por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus "*facta concludentia*" (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (es de suponer que a título oneroso) durante

la duración de la unión de hecho.

Es fundamental en esta cuestión del principio de independencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992 que establece en las situaciones sobre las uniones de hecho que las adquisiciones de bienes, aunque figuren títulos a nombre de uno de ellos sólo, constituyen un patrimonio conjunto, indiviso, con el denominador común de una comunidad ordinaria y en base a esta comunidad dice el texto de la sentencia que:

“Dicha comunidad, presenta la especialidad de que se presenta más bien orientada a la permanencia de la situación de cotitularidad compartida en cuanto la pareja mantiene su unión, pero recobra toda su actividad divisoria de disolución y adjudicación en cuanto cesa, con carácter definitivo, la convivencia familiar, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de los bienes aparezca a favor del que recurre en este trámite casacional, por no ser prevalente frente a la recurrida que ostenta la cotitularidad que la Sala «a quo» declaró, al tratarse de la del recurrente de una titulación dominical fiduciaria, a la que se superpone la verdadera titularidad compartida con lo que en su día constituyó su pareja estable y en porciones igualitarias .

Si bien en estas situaciones cabe partir, en términos generales, de la existencia de una comunidad ordinaria, cada caso puede presentar particularidades que determinan la aplicación para su regulación de otra institución legal similar en efectos, lo que sucede en el que se enjuicia, donde cabe encuadrarlo en el régimen de la sociedad irregular de naturaleza mercantil...”

5.2.- PACTOS.

a) PACTOS EXPRESOS

Desde un análisis global de la situación planteada en el transcurso de los años, la jurisprudencia en España, ha cambiado con el devenir de los

tiempos, manteniendo dos posiciones contradictorias:

1. En una primera época, siguiendo *la teoría de la causa lícita* reconoció la nulidad e ilicitud de los convenios reguladores de las parejas de hecho. Aunque se trata de una etapa bastante lejana en el tiempo y donde se empiezan a resolver las cuestiones que planteaban la personas que convivían al margen del matrimonio sin haber recibido la formalidad legal que rige al mismo. Si bien no se tiene en cuenta los pactos o acuerdos a los que llegan las partes, es tan solo porque en los mismos puede haber habido una discriminación hacia una de las partes firmantes de los mismos, con la solo intención de verse favorecido uno de ellos en perjuicio del otro.

2. En una segunda época, más cercana ya en el tiempo y con criterios jurisprudenciales más actuales, la jurisprudencia ha admitido la validez de los acuerdos reguladores de las uniones extramatrimoniales, en base al *principio de la autonomía de la voluntad* consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, donde se entiende que los convivientes tienen plena libertad y capacidad para decidir aquellas disposiciones o pactos que regulen el ejercicio de su vida diaria que mejor les convengan a ambas partes y también basado en nuestro derecho histórico y a la propia Constitución que así lo reconoce y garantiza en el ámbito de los derechos de cada uno. Por lo que al establecer los convivientes los pactos que estimen adecuados en la forma de regir su convivencia, deberán ser respetados los mismos, tanto para el desarrollo de la vida cotidiana de pareja como en aquello que establezcan en el caso de la ruptura de la pareja.

Afirma la jurisprudencia que el mero nacimiento de una unión de hecho no conlleva aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad, sino que habrán de ser los cónyuges por pacto expreso o por *facta concludentia* quienes evidencien su voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante el período de convivencia (entre otras, la STS de 22 de enero de 2001)¹¹⁷. Y, en consecuencia, en defecto de pacto «es absoluta la separación patrimonial de los convivientes y en caso de pretender cualquier acción de resarcimiento entre ellos con motivo de la unión de hecho habrá de acudir a la doctrina del enriquecimiento sin causa» (STS de 21 de octubre de 1992).¹¹⁸

Así tenemos ejemplos como la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de marzo de 1918, en la que se declaraba la ilicitud de un convenio que pretendía restablecer un estado de mancebía interrumpido, y la posterior sentencia de 2 de abril de 1941 donde se debatía la validez de un contrato privado entre amantes y en la que se hablaba de limitación del principio de autonomía de la voluntad, por imperativos éticos para evitar que el derecho contractual fuese puesto al servicio de fines inmorales y antisociales.

¹¹⁷ RJ 2001, 1678

¹¹⁸ RJ 1992, 8589

También tenemos sentencias como la de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986, en la que se mantiene la licitud y eficacia del convenio celebrado por una pareja sometiéndose al régimen legal de gananciales como si de un matrimonio se tratara, o la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986 que deniega el derecho de viudedad foral aragonesa en una situación de ruptura de convivencia conyugal por acuerdo amistoso.

Cuando se inicia una relación de pareja de hecho, surge la disyuntiva de saber cómo van a regirse sus integrantes en las relaciones económicas y patrimoniales de su vida común. Tal problema, en principio puede ser solventado de mutuo acuerdo entre los convivientes mediante la regulación particular de la forma de adquisición y distribución de sus bienes. No obstante, también se puede dar el caso, que por otro lado suele ser muy común a raíz de la casuística que llega a los tribunales de justicia, en donde no se acuerde nada entre los convivientes y deba de buscarse un régimen jurídico que tenga justa y legal aplicación al caso en concreto, acudiéndose para ello a la aplicación de

distintas figuras jurídicas como en adelante se analizará. No obstante, existen otras situaciones en las que dicha diferencia patrimonial puede ser corregida no ya en el momento de la separación de la pareja, sino antes de iniciarse la convivencia de la misma, mediante la celebración de un pacto que puede ser tanto expreso como tácito, entre los integrantes de la misma que evite estas diferencias.

Ejemplo de esta posibilidad de pactos entre los convivientes en el momento de iniciar su relación o incluso en momento posterior una vez ya iniciada, lo encontramos en lo resuelto en sentencias como la del TS de 7 de septiembre de 2007, donde se aplican las normas de una comunidad de bienes en casos como los de una pareja que se casaron y en los años anteriores al matrimonio en que convivieron como pareja de hecho se les aplicó una comunidad de bienes que una vez casados pasó a ser sociedad de gananciales y que posteriormente fue liquidada en la separación conyugal.

Para ANGUITA RIOS los pactos entre los convivientes son de suma importancia ya que cuando se trata de cuestiones económicas, con los mismos se consigue evitar futuros problemas económicos, disminuir la litigiosidad ante situaciones de crisis de pareja y contemplar especialmente la situación particular de cada uno de sus miembros.¹¹⁹

Mediando pacto entre los convivientes es fácil determinar la forma de relación entre ellos y el modo en que puedan regular la distribución de sus bienes o patrimonio una vez finalizada la convivencia. No obstante, en las situaciones en las que no se tenga tal previsión, bien por razones de confianza entre la pareja o por descuido en el planteamiento de futuras situaciones, al principio de la convivencia para evitar discordancias futuras, se podrán pactar la forma de dicha convivencia, como ya se ha indicado.

La Sala 1ª ha declarado siempre que debe estarse a los pactos que hayan existido entre las partes relativos a la organización económica para la posterior liquidación de estas relaciones (STS de 18 febrero 2003). La importante sentencia de 12 septiembre 2005,¹²⁰ seguida por la de 22 febrero 2006, declara de forma contundente que "las consecuencias económicas del

mismo deben ser reguladas en primer lugar por Ley específica; en ausencia de la misma se registrarán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto".

Los convivientes pueden en virtud de la celebración de dichos pactos, constituirse en distintas formas jurídicas que les regulen su convivencia. Así pueden adoptar las normas de una comunidad de bienes amparada por el artículo 392 y ss., del Código Civil donde serán comunes a partes iguales los bienes adquiridos por ambos convivientes. De la misma forma pueden constituir un régimen de separación de bienes donde pacten que cada parte adquiera sus propios bienes sin tener nada que ver con los del otro, o una cualquier forma de

¹¹⁹ ANGUITA RIOS ROSA MARÍA." Autorregulación de las relaciones patrimoniales durante la convivencia de las parejas de hecho". *Boletín del Ministerio de Justicia*. ISSN-e 0211-4267, Año 60. Nº 2025, 2006.

¹²⁰ EDJ 2005/143611

comunidad que los convivientes en virtud de su libertad de pacto quieran establecer.

Como advierte PARRA LUCAN¹²¹ en materia de filiación la autonomía privada queda desvirtuada como reducto inaccesible para el Derecho de familia permitiendo los pactos para regular entre otras, las relaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad, el matrimonio, la ruptura del matrimonio, las parejas de hecho , etc. Sin embargo, en el ámbito de la determinación de la filiación, la intervención de la autonomía de la voluntad había quedado descartada. Y ello debido a que dicha intervención podría acabar provocando resultados contrarios a la verdad biológica, reconocida en el derecho a la investigación de la paternidad en el art. 39 de nuestra Carta Magna.

Según BERMÚDEZ BALLESTEROS¹²² los criterios establecidos respecto a las consecuencias de la ruptura de una pareja estable por la STS de 12 de septiembre de 2005¹²⁶ que se siguen por las resoluciones posteriores son:

¹²¹ PARRA LUCAN, M.A.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la persona, familia y sucesiones", en 11º Congreso Notarial Español (150 años de Historia: una función de futuro 1862-2012) , 2011. En www.notariado.org.

¹²² BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a. S.: Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho: doctrina del Tribunal Supremo a partir de la STS de 12 de septiembre de 2005 en «Revista Aranzadi Civil-Mercantil», número 1/2011. (BIB 2010, 2217), p. 2. También sobre la STS de 12 de septiembre de 2005, vid. RUBIO TORRANO, E.: «¿Nueva jurisprudencia sobre uniones de hecho?» en «Aranzadi Civil-Mercantil», número 19, 2005. (BIB 2005, 2650) .

¹²⁶ RJ 2005, 7148

En primer lugar, se estará a lo establecido por la ley específica si la hubiere; en segundo lugar, se regirán por los pactos establecidos por los propios convivientes y, a falta de ello, por la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, siempre que se cumplan los presupuestos para su aplicación.

Resalta este autor la unanimidad en las Sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la del 2005 en la no aplicación de las normas propias del matrimonio por analogía legis a la ruptura de las uniones de hecho.

b) PACTOS TÁCITOS

Mediante la suscripción tácita de estos pactos se trata de determinar que figura jurídica o criterio jurídico se puede aplicar para entender aquello que

hayan querido suscribir los convivientes por el hecho de su relación y sobre todo por la forma en la que evidencian la misma y llevan a cabo sus actos.

En base a ello, no se requiere que el pacto regulador de las consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso. El Tribunal Supremo ha admitido los llamados pactos tácitos, que se pueden deducir de lo que se denomina los "*facta concludentia*" o hechos concluyentes, y que deben entenderse como debidamente probados durante el procedimiento (así por ejemplo las SSTs de 4 junio 1998 y de 26 enero 2006). Por ello el Tribunal Supremo ha entendido que se puede colegir la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia siempre que pueda deducirse una voluntad inequívoca en este sentido y no existan interpretaciones contrarias en el mismo.

La admisión de pactos entre los convivientes, los resalta LOPEZ AZCONA como la solución ante posibles desacuerdos.¹²³

Se admite que se pueda probar la creación de una comunidad por medio de los *facta concludentia*, que deberá consistir en la "aportación continuada y duradera de las ganancias o del trabajo de cada conviviente al acervo común". Sin embargo, en el intento de validar un pacto tácito, no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen matrimonial alguno que pueda ser aplicado (así la sentencia del TS de 27 mayo 1998).

La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente, la exclusión del régimen mismo que regula dicha institución jurídica. A pesar de ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que se deduce de los hechos que se declaran

probados que hubo una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos.

Es por ello que los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen comunes per se a los convivientes, por lo que pertenecen a quien los haya adquirido; sólo cuando de forma expresa o de forma tácita se pueda llegar a determinar que se adquirieron en común, puede producirse la consecuencia de la existencia de dicha comunidad.

¹²³ LOPEZ AZCONA AURORA. Profesora Asociada de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza. Se refiere a esta heterogeneidad de situaciones la SAP de Vizcaya de 6 de octubre de 1997 en los siguientes términos: "(...) la unión de hecho puede presentar una multiplicidad de situaciones, no está delimitada jurídicamente por los derechos y obligaciones que encuadran una relación matrimonial, por lo tanto, las consecuencias jurídicas no pueden ser uniformes para todas las uniones de hecho, ni se puede presumir la aplicación, a falta de pacto expreso, del régimen de la sociedad de gananciales (...) La variada gama de situaciones que puede abarcar lo que genéricamente se denomina 'unión de hecho' lleva a concluir que sus efectos se producen individualmente y según los casos, y son propios de cada relación, conclusión que se ha acogido por la jurisprudencia, donde se han adoptado en las Sentencias de 18 de mayo, 21 de octubre y 11 de diciembre todas del año 1992 conclusiones económicas diferentes". Se pronuncia en términos similares la SAP de León de 11 de junio de 1998.

En los posibles pactos en materia de cuestiones patrimoniales entre los convivientes, podemos afirmar con la STS de 27 mayo 1998¹²⁴, que "del hecho de que exista una convivencia more uxorio no se puede deducir sin más la voluntad de constituir un patrimonio común; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserva su total independencia frente al otro; que no quieren contraer las obligaciones recíprocas personales y patrimoniales que nacen del matrimonio".

Son las relaciones sociales que afecten a los integrantes de la pareja de hecho, lo que no puede llevar a afirmar que aunque se considere que la unión libre genera vínculos jurídico-familiares entre los convivientes, que la hagan merecedora de la protección constitucional de protección social, jurídica y económica, como una forma más de familia, contenido en el artículo 39.1 de la CE, tampoco solo por esto se puede entender, sin más, que esas atenciones personales generen el derecho a percibir una compensación económica, en defecto de pacto entre los convivientes. Ello porque al no existir dicho pacto,

expreso o tácito, será necesario probar la necesidad de dicha compensación económica por la existencia de un derecho a indemnizar a una de las partes de la relación que se haya visto perjudicada con la ruptura y para la que haya supuesto en dicho momento un agravio el tiempo de convivencia transcurrido por la dedicación a la familia y la imposibilidad de desarrollo profesional y económico.

El mandato constitucional obliga a proteger la familia, es decir, a no penalizarla frente a lo que no sea una relación familiar, pero no obliga a considerar familia como se puede entender una vez formalizado un matrimonio a los convivientes en unión libre. Por ello para corregir las injusticias que se originan por la ruptura de la pareja para uno de los integrantes de la misma, el recurso a la doctrina del enriquecimiento injusto puede ser en algunos casos una vía más adecuada que la de la aplicación analógica de la pensión compensatoria prevista en el

¹²⁴ EDJ 1998/3147

artículo 97 del CC, a pesar de ser la solución a la que ha llegado el Tribunal Supremo en algunas sentencias como la de 5 de julio de 2001 y la de 16 de julio de 2002. Debe apreciarse, que al faltar la identidad de razón entre el matrimonio y la unión libre, no procede el recurso a la analogía.

Así en consonancia con lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que en el análisis que estoy haciendo, los tribunales de justicia (en concreto y por razones de estudio y trabajo me refiero de forma más especial a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo), han negado que a una pareja de hecho, por el mero hecho de iniciarse, le sean de aplicación las normas de la comunidad (ya sea sociedad de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o cualquier otra forma) y así lo proclama la Sentencia de 22 de enero de 2001, que citando a otras Sentencias de 21 de octubre de 1992 y 27 de mayo de y 23 de julio de 1998, se expresa en idénticos términos que la anterior sentencia de 1992.

Para PEREZ MARTIN ¹²⁵ los acuerdos de los convivientes aunque no pueden asimilarse a un convenio regulador de divorcio, si tienen plena eficacia

y pueden exigirse su cumplimiento ante los Tribunales de Justicia o por previa homologación.

En base a lo expuesto por la vía de los hechos concluyentes y por el principio de autonomía de la pareja, el Tribunal Supremo por ejemplo para tener una idea de un caso práctico planteado, en Sentencias como la de 4 de junio de 1998, ha admitido la posibilidad de que pueda entenderse que había una sociedad de ganancias, al afirmar que la unión more uxorio que formó la pareja consolidó una vida sentimental estable y duradera, al igual que si fueran un matrimonio, llegándose a crear vínculos paterno-filiales y, por tanto, familiares dignos de protección.

¹²⁵ PEREZ MARTIN A. J. “Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual”. Tratado de Derecho de Familia. *Edit. Lex Nova*. También GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, cit., pp. 104 y ss., y BALESTRA en «Convivenza more uxorio e autonomía contrattuale» cit., pp. 3 y ss.

En estos pactos a los que pueden llegar los convivientes, no cabe olvidar que al igual que en el matrimonio, en concreto en materia de regulación del régimen económico matrimonial, así el artículo 1.326 del CC establece que “*las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio*”; por lo que nada impediría que de la misma forma que en el estricto y más formal régimen matrimonial se permite esta facultad, se pueda igualmente en la regulación de las parejas de hecho permitir que se pacte un régimen de comunidad u otro distinto en el momento en que se constituye la pareja e inicia la vida en común, como en momento posterior una vez iniciada la convivencia. Estaríamos en tales casos ante pactos relativos al régimen económico matrimonial que aunque sino de forma implícita o tácita se pueden entender suscritos o pactados por los convivientes en el ejercicio de su relación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (en Sentencias como las de 18 mayo 1992, 22 julio 1993, 20 octubre 1994, 30 diciembre 1994, 4 marzo 1997 y 4 abril 1997), considera que no son aplicables a las uniones afectivas

estables de hecho, ni siquiera por analogía, las normas del matrimonio ni las de la sociedad de gananciales, salvo que exista entre los convivientes pacto expreso o tácito evidenciado por actos concluyentes.

Como indica LOPEZ AZCONA y GALLEGO DOMINGUEZ,¹²⁶ se considera como regla de principio que existe una independencia económica entre los miembros de una unión estable. Y esto solo puede desvirtuarse cuando se acredite la adopción de un pacto entre los convivientes que revele su voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos constante la unión. POUS DE LA FLOR.¹²⁷

¹²⁶ LOPEZ AZCONA A. *La ruptura de las parejas de hecho*. Edit. Aranzadi. Pamplona. 2002. p. 41; GALLEGO DOMINGUEZ I. "Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales" Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales. Madrid 1995. pp 170 y 171.

¹²⁷ POUS DE LA FLOR M^a PAZ. "Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho". *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*. Nº 712. pp 813 y 814.

Reiteradamente, ha declarado que no se le puede aplicar la normativa del matrimonio, especialmente la que regula de forma específica los regímenes matrimoniales. Así, lo expresan a modo de ejemplo las sentencias de 21 de octubre de 1992, 24 de mayo de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1994 y la sentencia de 18 de febrero de 1993 que concretamente aplicación la normativa de la comunidad de gananciales; lo que reiteran las sentencias de 22 de julio de 1993 y la de 11 de octubre de 1994 que insiste en que no se le puede aplicar ni ésta ni la del régimen de separación de bienes; igualmente dice la sentencia de 20 de octubre de 1994 que no se le pueden aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales, lo que repiten las de 30 de diciembre de 1994 y la de 18 de marzo de 1995; la de 16 de diciembre de 1996 dice literalmente: "*nota común que resulta de la propia noción es la exclusión, por regla general, de las normas legales del matrimonio para disciplinar estas situaciones, ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de*

conveniencia o por otras"; y en definitiva la misma idea se reitera en la sentencia de 4 de marzo de 1997.

Existe un escrupuloso respeto de la voluntad de los integrantes de las parejas y está asentada en valoraciones estrictamente jurídicas y alejadas de otros condicionantes extrajurídicos que tanto daño pueden hacer en cuestiones de tanta trascendencia y repercusión social.¹²⁸

En el estudio pormenorizado de la cuestión de la posible aplicación de la analogía de la normativa matrimonial, podemos concluir que la aplicación analógica a las uniones extramatrimoniales de la normativa matrimonial constituiría una flagrante violación del principio de la libertad individual, que constituye uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Pues,

¹²⁸ DE LA IGLESIA PRADOS EDUARDO. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 8/2013 parte *Editorial Aranzadi, S.A.U.*, Cizur Menor. 2013.

si en una sociedad democrática los ciudadanos son libres para elegir la forma en la que desean articular su convivencia, unión matrimonial o unión extramatrimonial, constituiría una verdadera estafa para la libertad individual si, después de optar por la unión extramatrimonial, se les aplicara la regulación jurídica de la unión matrimonial. En definitiva se les impondrían unos efectos jurídicos que, en su momento, los convivientes no han querido.

Dependiendo de que la pareja haya determinado la forma en que van a constituir su relación patrimonial mediante la celebración de pactos expresos o tácitos por el ejercicio de sus acciones, se podrá aplicar la normativa de la comunidad de bienes, del enriquecimiento injusto o en todo caso que se trate del ejercicio de una acción de división de la cosa común que estará integrada por el conjunto de bienes adquiridos por ambos convivientes desde que se inició su convivencia y la dieron carácter formal a la misma, con una permanencia y estabilidad en el tiempo que lleve a entender que los bienes adquiridos por ambos son de los dos y por tanto ante la ruptura de la pareja,

procede su reparto mediante la *actio commune dividendo*.

Estos principios como la aplicación analógica de las normas, no solo se estudian desde un punto de vista doctrinal, sino que también han tenido su acogida en las resoluciones casuísticas que han efectuado los tribunales y así nos encontramos con que por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998,¹²⁹ se ha acudido a la aplicación de estos principios para atribuir la vivienda familiar al conviviente más débil en la relación. Incluso se ha aplicado en las sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002, de forma analógica la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del CC. Con ello se pretende proteger a la parte más perjudicada en la ruptura de la relación, derivada del transcurso de la convivencia durante los años de la misma.

¹²⁹ RJ 1998/1272 (Recurso 133/1994). Ponente O`Callaghan Muñoz

Esta protección a dicha parte viene fundamentada principalmente por la dedicación de dicha persona en la relación de pareja al mantenimiento del hogar familiar y tener que sacrificar su desarrollo profesional, por lo que nos encontramos con que uno de los convivientes además de tener un hogar y una familia donde desarrollarse como persona, ha tenido la oportunidad de desempeñar un trabajo y evolucionar en el mismo, consiguiendo objetivos que al transcurso de los años supondrán mayores y mejores expectativas de reconocimiento profesional e incluso social que el otro conviviente que aun pudiendo haber tenido la misma oportunidad no la ejercido y por tanto al cabo de unos años dichas expectativas han supuesto una pérdida de oportunidad que posiblemente después no pueda o tenga muy difícil llevar a cabo.

Según dicha sentencia anteriormente reseñada de 10 de marzo de 1998, se admitió el recurso interpuesto por la mujer de la pareja, y se condenó al hombre a pagar la tercera parte del valor de los bienes relacionados en la

demanda como adquiridos durante la unión, con base en el principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho, en base al siguiente argumento: Tras una larga convivencia, no podía quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, de forma que todos los bienes hayan sido adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de la casa. Por ello, se trata no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación y un agravio que no debe tolerarse en Derecho. No se decide acudir a la aplicación de la normativa de comunidad de bienes, cuyas cuotas se presumirían iguales, pues se estaría imponiendo a una relación de hecho la normativa de una comunidad de gananciales y presuponer la existencia de una comunidad de pacto que nunca se produjo. No se aplica así dicha normativa, sino que se concede a la parte más desprotegida de la relación, una indemnización por la ruptura de la relación, evitando así el perjuicio injusto que ha sufrido a lo largo del tiempo en que ha durado la convivencia y sin causa que lo haya legitimado. Se aplica así la tesis del enriquecimiento injusto.

Se puede llegar a la conclusión que en los supuestos en que no ha habido un pacto entre los integrantes de la pareja para determinar la forma en que van a distribuir los bienes que adquieran durante su convivencia, habrá que aplicar el derecho mediante un elemento protector del mismo para las personas más desprotegidas, y por ello, en estos casos, si uno de los integrantes de la pareja ha sido el que tan solo ha aportado bienes a la unión, y el otro no lo ha hecho y por tanto al no poder desempeñar una actividad laboral, no ha podido progresar en su ámbito profesional, es de justicia que al finalizar la unión entre ambas personas, se entienda que ha habido un enriquecimiento injusto por parte de quien pudo trabajar y adquirir bienes y en cambio la otra parte se encuentra desprotegida en su ámbito laboral y de tenencia de patrimonio, al no haber podido desarrollarse en su profesión. Por ello, en estas situaciones, los tribunales deben mediar y dar protección al más perjudicado en la ruptura de la pareja, al menos durante este tránsito y atribuirle en concepto de indemnización parte de las ganancias del otro

conviviente para equilibrar dicho desajuste.

5.3.- RECURSO A LA ANALOGÍA

Debemos precisar el régimen jurídico de aplicación a los convivientes extramatrimoniales en aquellos aspectos de sus relaciones que no estén regulados por una norma específica, donde encontramos dos posibles soluciones:

1.ª Aplicar, por vía de la analogía del número 1 del art. 4 del CC a las relaciones extramatrimoniales la normativa jurídica reguladora de las relaciones matrimoniales (especialmente los arts. 1344 a 1410 del CC reguladores del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, en base al cual los bienes adquiridos por cualquiera de los convivientes, durante la convivencia extramatrimonial, se presumían comunes de ambos convivientes y les serían atribuidos por mitad al cesar la convivencia. En cuanto a la vivienda en la que residan ambos convivientes y que sea de la propiedad exclusiva de uno de ellos, durante la convivencia sería de aplicación el párrafo primero del art. 1320 del CC, de tal manera que para disponer de la misma se requería el consentimiento del otro conviviente o en su defecto la autorización judicial, y al cesar la convivencia los párrafos 3 y 4 del art. 96 del CC que permitiría al órgano judicial atribuir el uso de la vivienda al conviviente no titular y, mientras subsista esta atribución, para disponer el titular dominical de la misma requerirá el consentimiento del otro conviviente o en su defecto la autorización judicial; Durante la convivencia, ambos convivientes estarían obligados recíprocamente a darse alimentos, en virtud del art. 143 párrafo primero número 1 del CC, y los bienes de los dos quedarían sujetos al levantamiento de las cargas convivenciales, por aplicación de los párrafos 1.º y 2.º del art. 1318 del CC; al cesar la convivencia, uno de los convivientes podría reclamar del otro una pensión económica por desequilibrio económico, prevista en el art. 97 del CC, una indemnización para el conviviente de buena fe, contemplada en el artículo 98 del CC, o una compensación económica por el trabajo que hubiera realizado

para la casa durante la convivencia, a la que se refiere el art. 1438 del CC. Fallecido uno de los convivientes, constante la convivencia extramatrimonial, en cuanto a la sucesión testamentaria se consideraría al conviviente supérstite heredero forzosa con derecho a su legítima, en base a los arts. 807 número 3.º, 834 a 840, 855 y 856 del CC, y respecto a la sucesión intestada, en defecto de descendientes y ascendientes, y antes que los colaterales sucedería al conviviente difunto en todos sus bienes, por aplicación de los artículos 913 y 943 a 945 del CC; Y en cuanto a los gastos judiciales el conviviente que no tenga suficientes recursos económicos podría pedir la «litis expensas» para litigar contra el otro conviviente, al amparo del párrafo tercero del art. 1318 del CC).

2.ª Rechazar la aplicación, por analogía a las relaciones extramatrimoniales de la normativa jurídica reguladora de las relaciones matrimoniales, debiendo acudirse a las normas jurídicas de carácter general reguladoras de la concreta relación jurídica en la que se fundamente la pretensión de uno de los convivientes contra el otro, de terceras personas contra uno o ambos convivientes o de éstos contra terceros. Y en especial deberán tenerse por válidos y eficaces los negocios jurídicos concertados por los convivientes y los actos jurídicos otorgados por uno en favor del otro, sin que puedan atacarse por el cauce del artículo 1275 del CC, ya que la convivencia extramatrimonial no desencadena la ilicitud de la causa; En cuanto a los bienes adquiridos durante la convivencia extramatrimonial y que figuren a nombre de uno sólo de los convivientes, podrá el otro conviviente ejercitar una acción real para que se le reconozca su condición de copropietario, invocando una sociedad universal entre convivientes, regulada en los arts. 1665, 1672, 1673, 1674 y 1675 del CC, o la comunidad de bienes entre comuneros, contempla en los arts. 392 a 406 del CC y, por remisión del art. 406 los arts. 1051 a 1081 del CC. Para mantener la propiedad de un bien donado por uno de los convivientes al otro sin observarse las formalidades de los arts. 632 y 633 del CC, puede acudirse a la obligación natural, una de cuyas aplicaciones se prevé en el art. 1901 del CC en los casos en que se produce error en el pago de una obligación. Respecto de las acciones personales, por las que un conviviente exija del otro una indemnización, pueden fundarse en una

responsabilidad extracontractual, regulada en el art. 1902 del CC, o en un enriquecimiento injusto.

En la actualidad puede afirmarse rotundamente que las uniones de hecho y el matrimonio son realidades jurídicamente diferentes, por tanto, la norma estatal de las parejas de hecho no se vería afectada por tal problema, ni lo generaría, pues no abordaría, en modo alguno, un tipo o forma de matrimonio por realizarlo de otra institución jurídica diversa.¹³⁰

No obstante, previamente tuvo el Tribunal Constitucional que resolver las dudas acerca de si la no aplicación a las uniones extramatrimoniales de la normativa jurídica del matrimonio constituía una violación del principio constitucional de la igualdad de todos los españoles ante la ley, proclamándose que resulta claro que en la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimoniales no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho

¹³⁰ STC de 23 de abril de 2013, núm. 93/2013 (RTC 2013, 93)

constitucional (artículo 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional. Nada de ello ocurre con la unión de hecho que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera «ope legis» en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se producen de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, en base al principio de igualdad, sea acreedora al mismo tratamiento que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32 número 1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza. Por ello, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la de hecho; pero el razonamiento anterior no conduce a afirmar

que toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todo caso compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en el artículo 14, pues el libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectada, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o reprimir la convivencia «more uxorio» o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial; en un principio semejante pretensión fue rechazada de plano por el Tribunal Constitucional, mediante la inadmisión a trámite del recurso de amparo con automático archivo de las actuaciones, a través de los Autos de la Sección Segunda de la Sala Primera de 11 febrero 1987, número 156/1987 y de la Sección Primera de la Sala Primera de 24 junio 1987, número 788/1987 y de la Sección Tercera de la Sala Segunda de 26 septiembre 1988, número 1021/1988. Y posteriormente, al resolver los recursos admitidos a trámite, mediante las Sentencias dictadas por el Pleno de 15 noviembre 1990, número 184/1990, BOE, de 3 diciembre 1990; el 14 febrero 1991, número 29/1991, BOE, de 15 marzo 1991; el 14 febrero 1991, número 31/1991, BOE, de 18 marzo 1991; el 14 febrero 1991, número 35/1991, BOE, de 18 marzo 1991; el 14 febrero 1991, número 38/1991, BOE de 18 marzo 1991; el 11 abril de 1991, número 77/1991; BOE, de 14 mayo 1991; y mediante la Sentencia dictada por la Sala Segunda el 28 febrero 1994.¹³¹

En las sentencias dictadas por el Pleno se formularon votos particulares, pero es de destacar que en estos votos se comienza por afirmar que *«ciertamente el reconocimiento expreso de la institución matrimonial en el artículo 32 de la Constitución y del derecho a contraer matrimonio, implica una protección constitucional de esa institución, y en consecuencia, habilita al legislador para establecer un régimen propio del matrimonio en sus diversos aspectos (de convivencia, económicos, sucesorios, entre otros) régimen que, aun cuando distinto del aplicable a las uniones de hecho, no vulneraría el principio de igualdad, al tratarse de situaciones diferentes»*, quedando reducida su discrepancia a la cuestión concreta que se plantea en todas ellas, es decir, que en base al artículo 14 de la Constitución, debe concederse la pensión de viudedad, prevista en el artículo 160 de la Ley de Seguridad Social, al fallecer

uno de lo convivientes de hecho, a favor del conviviente que sobrevive, a pesar de no reunir los requisitos exigidos por la Disposición Adicional 10.^a de la Ley 30/1981, de 7 julio, argumentándose que, dada la estructura, naturaleza y finalidad de esa pensión de viudedad, debería aplicarse a las uniones extramatrimoniales; Por último, debe citarse la Sentencia de Pleno de 11 diciembre 1992, número 222/1992, por lo que se declaró que el artículo 58 número 1 de la LAU de 1964 es inconstitucional, en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación «mortis causa» a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido.

La cuestión planteada ya ha sido resuelta por la doctrina jurisprudencial que es complementadora del ordenamiento jurídico según el número 6 del art. 1 del CC que se ha pronunciado por la imposible aplicación, por analogía (número 1 de art. 4 del CC), a las uniones «*more uxorio*» de las normas jurídicas

¹³¹ RTC 1992\222

reguladoras de la unión matrimonial, ya que falta la semejanza o identidad de razón entre la unión de hecho y la unión matrimonial, desde el momento que el examen analógico-comparativo de las uniones extramatrimoniales y las matrimoniales nos ofrecen unas considerables diferencias: así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil; las segundas no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones.

La aplicación analógica a estas uniones extramatrimoniales de las normas establecidas para las matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas, por lo que, para resolver los conflictos que puedan derivarse de una convivencia extramatrimonial, tendrán que aplicarse las normas jurídicas generales que disciplinen esa concreta controversia, debiendo acudir a los actos entre los convivientes,

que patenten su voluntad de constituir un condominio o una sociedad particular o universal, y, estos pactos expresos, o la «*facta concludentia*, debe inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer común todos o alguno de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho, tal como se puede desprender de las diferentes sentencias que así lo han recogido y que a modo de ejemplo, detallamos a continuación (Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 diciembre 1994, número 1181/1994, 24 noviembre 1994, número 1075/1994; 20 octubre 1994, número 948/1994; 11 octubre 1994, número 894/1994; 27 mayo 1994, número 536/1994; 22 julio 1993, número 764/1993, 18 febrero 1993, número 116/1993 y 21 octubre 1992).¹³²

La aplicación analógica a las uniones extramatrimoniales de la normativa matrimonial constituiría una flagrante violación del principio de la libertad individual, que constituye uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la CE).

¹³² RJ 1994\10391; RJ 1994\8946; RJ 1994\7492; RJ 1994\7476; RJ 1994\3753; RJ 1993\6274; RJ 1993\1246; RJ 1992\8589.

Pues, si en una sociedad democrática los ciudadanos son libres para elegir la forma en la que desean articular su convivencia, unión matrimonial o unión extramatrimonial, constituiría un quebranto a la libertad individual si, después de optar por la unión extramatrimonial, se les aplicara la regulación jurídica de la unión matrimonial. Se les impondrían unos efectos jurídicos que, en su momento de constitución, los convivientes no han querido.

El caso que más se ha planteado ante el Tribunal Supremo, ha sido el de la disolución o ruptura de la convivencia en una pareja de hecho y la posterior reclamación del perjudicado frente a la situación injusta en que queda. Estas situaciones se han solventado acudiendo a soluciones como la de estimar que se ha producido una responsabilidad extracontractual (ej. sentencia de 16 de diciembre de 1996), o un enriquecimiento injusto (ej. sentencias de 11 de diciembre de 1992 y de 27 de marzo de 2001), o concediendo una pensión

compensatoria (ej. sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002) o apreciando la existencia de una comunidad de bienes (ej. sentencias de 18 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997).¹³³ No obstante, en cuanto a esta última figura, una de las razones para no aplicar las normas de la comunidad de bienes es que en la regulación de la convivencia *more uxorio* habría que aplicar la normativa de la comunidad de bienes y si en dicha convivencia los convivientes no quisieron establecer esta forma de regulación legal, sería muy aventurado aplicarlo por sí mismo, teniendo en cuenta que en caso de haber querido esta forma jurídica, se podría haber establecido por los convivientes desde el inicio de su relación o convivencia, y haberlo dejado establecido bien de forma privada en virtud de contrato suscrito entre ellos, o de forma pública acudiendo a un notario a crear dicha comunidad de bienes.

¹³³ RJ 1996/9020; RJ1992/9733; RJ 2001/4770; RJ 2001/4993; RJ 2002/6246; RJ 1992/4907; RJ 1997/7341

En las uniones de hecho, uniones estables de parejas o uniones "more uxorio", cuando surge el fenómeno de su extinción por decisión unilateral de uno de sus miembros, las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por ley específica; en ausencia de la misma se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto -así se explicita en la sentencia de esta Sala de 12 de septiembre de 2005 -.

Como hemos expuesto anteriormente, el Tribunal Supremo partiendo de la realidad social de las uniones de hecho considera que no pueden aplicarse analógicamente las normas reguladoras del matrimonio, pues el uso de la analogía supone subvertir los principios informadores del derecho e incidir en una creación judicial del derecho, no puede olvidarse que es nota común a las uniones de hecho la exclusión por regla general de las normas legales del matrimonio ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas

sea por razones de objeción a los formalismos, de conveniencia u otras cualquiera dentro de la absoluta libertad de las personas.

Salvo pacto expreso que otorguen las partes dándole a su relación sentimental una dimensión patrimonial o porque realicen actos que así lo pongan de manifiesto, las parejas mantienen su independencia económica y patrimonial al margen de su relación sentimental.

Es doctrina jurisprudencial reiterada y conocida que la unión de hecho no genera, por sí misma, una situación de comunidad de bienes, y su constitución solo es admisible cuando se realiza mediante un pacto expreso entre los convivientes, o por hechos inequívocos y concluyentes, que revelen la voluntad de formarlo.

La Sala del TS a lo largo de los años ha cambiado de jurisprudencia en esta cuestión, y si bien en un primer momento (me refiero a los años de la década de los noventa) no realizaba la aplicación por analogía de la normativa civil matrimonial, en concreto el artículo 97 del CC, posteriormente en el año 2001 y 2002 ha dictado algunas sentencias en las que sí ha acudido a la aplicación analógica y por último en otra etapa posterior ha vuelto a no aplicar la analogía y entender que es más adecuado la tesis del enriquecimiento injusto o la protección al más desfavorecido en la relación por la ruptura de la misma.

En concreto en la etapa en la que era propicia la aplicación de la analogía, encontramos la Sentencia del TS nº 327/2001, de 27 de marzo ¹³⁴ que determina la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil a supuestos de convivencia "more uxorio". En primera instancia el juez a quo entiende que concurren todos los elementos que integran la figura del enriquecimiento injusto o sin causa y se concede a la mujer una indemnización por los perjuicios sufridos por la ruptura de la relación. Recurrida la sentencia ante la Audiencia Provincial, la sentencia dictada en apelación explica que la única vía admitida por el Tribunal Supremo para conseguir una indemnización en las uniones de hecho, semejante a la pensión del artículo 97, es recurrir a la figura del enriquecimiento sin causa, sin embargo la actora no la ha alegado en

su demanda, por lo que, no procede entrar a resolver el fondo de tal petición por razones del principio dispositivo y rogación que rige en la materia al no haber sido solicitada.

En dicho caso, la demandante en su demanda solicita una indemnización por los perjuicios causados por la ruptura de la pareja y aunque en primera instancia se le concede, no se estima ésta ya en casación por el Tribunal Supremo en base a que la demandante podrá ejercer tal solicitud indemnización por enriquecimiento injusto mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, ante el juez competente y por los cauces procesales oportunos, como veremos en las líneas siguientes con el argumento del tribunal de apelación.

La demandante no obstante al presentar su demanda en el juzgado de instancia apoyó la fundamentación jurídica de su petición, razonando sobre la aplicación analógica del artículo 97 del Código civil. La sentencia de primera instancia que no compartía dicha fundamentación jurídica, entendió, sin

¹³⁴ RJ 2001, 4770

embargo, que *"la realidad social nos muestra sin duda la existencia de las uniones no matrimoniales, por lo cual es evidente que los tribunales no pueden estar a espaldas de la misma, en que es innegable que una de las partes de dicha convivencia, ha resultado perjudicada por la ruptura y por ello debe haber una protección por los Tribunales de Justicia para resolver los casos injustos en que una de las partes de la relación haya resultado perjudicada en la ruptura de la misma..."*. En este caso, se entiende por el Juzgador que concurrían todos y cada uno de los requisitos que integran la figura del enriquecimiento sin causa, esto es:

a) Un enriquecimiento procurado a uno de los convivientes, que puede consistir tanto en un incremento patrimonial como en la evitación de una disminución por el concepto de daño o gasto.

b) Un empobrecimiento sufrido por el otro conviviente, representado por

un daño positivo o por un lucro cesante.

c) Una relación de causalidad entre aquel enriquecimiento y este empobrecimiento.

d) La falta de causa justificada del enriquecimiento, por cuanto es evidente que la actora ha sacrificado veinte años de su vida para atender al demandado e hijos, descuidando su formación laboral y sus expectativas personales en aras de dispensar un mejor cuidado y atención a la familia, de lo cual lógicamente se ha beneficiado el demandado, condujeron a éste juzgador a quo a fijar en favor de la actora una indemnización por la que prudencialmente se estimaron los perjuicios. Empero, la sentencia de segunda instancia que explica que la única vía admitida por el Tribunal Supremo "para conseguir una indemnización en las uniones de hecho", semejante a la pensión del artículo 97, es recurrir, si es el caso a la figura del enriquecimiento sin causa pretendiendo una condena indemnizatoria" entiende que "*no recurriendo la mujer a la figura del enriquecimiento sin causa con el fin de conseguir una condena indemnizatoria sino a la aplicación analógica del artículo 97 del Código civil, para lograr su propósito, no procede entrar a resolver el fondo de tal petición por razones del principio dispositivo y rogación que rige en la materia, sin perjuicio, del derecho que pueda asistir a la parte para ejercitar las acciones pertinentes ante el Juez competente y por los cauces procesales oportunos recurriendo a la figura del enriquecimiento sin causa para obtener una condena indemnizatoria, siempre que el aumento patrimonial obtenido durante los años de convivencia se deba, al menos en parte, a la colaboración del compañero, mientras que el empobrecimiento de éste derive de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales y en la atención doméstica del mismo*".

Realizando un análisis de esta sentencia, vemos que la misma introduce elementos novedosos en la regulación hasta el momento de las parejas de hecho, por lo que denota una especial importancia. El elemento más novedoso consiste en que, aunque se acepta la doctrina del enriquecimiento injusto para equilibrar la diferencia económica entre los convivientes tras la ruptura de la pareja, el TS deja suficientemente claro que no se debe rechazar como

argumentación jurídica, fundante de la indemnización compensatoria, la aplicación analógica del Derecho, llegando a proponer el traslado a la unión libre de la respuesta que ofrecen los artículos 96, 97 ó 1438 del CC. Ante el vacío legal imperante en la materia, parece admitir el argumento de la analogía *legis* en estos casos. Esta solución favorece de forma clara al ex conviviente al que la ruptura deja en peor posición económica, ya que no se puede olvidar la enorme dificultad que entraña la prueba de los requisitos que la jurisprudencia exige para aceptar el enriquecimiento injusto.¹⁶⁵ No obstante, he de decir que la doctrina mayoritaria no admite, que cuando no han pactado nada los convivientes, se aplique de forma analógica de forma generalizada y global la normativa matrimonial a estas situaciones. Si hubiese mediado pacto, se aplicaría el mismo y no la analogía *legis*.

Aquellas parejas que de forma voluntaria han optado por esta forma de convivencia y no por el matrimonio, rechazan también todas las consecuencias jurídicas previstas en el Código Civil para el matrimonio.

Según LLEBARÍA SAMPER, S.:¹³⁵ hay que distinguir entre el matrimonio-institución y el matrimonio-relación jurídica. La pareja no casada no quiere la institución; pero no puede afirmarse que no quiera la relación jurídica derivada de su convivencia y sus efectos mientras no conste tal voluntad de exclusión.

Hay un sector doctrinal que se muestra favorable a la aplicación analógica del art. 97 CC.¹³⁶

Aunque de forma mayoritaria la doctrina no se inclina por la analogía aplicada de forma generalizada, sino tan solo cuando conforme a cada caso concreto se compruebe que concurren los requisitos exigidos por el artículo 4.1º CC para su aplicación. En algunas ocasiones la doctrina acude a la aplicación de determinados principios generales del derecho, por lo que se busca una solución a la problemática creada por vía de la analogía *iuris* y no por la analogía *legis*.

A pesar de ello cada vez son más los autores que admiten la analogía legis respecto a determinadas normas matrimoniales concretas cuando concurra la identidad de razón que exige el artículo 4.1º del CC.¹³⁷

¹³⁵ LLEBARÍA SAMPER, S *Hacia la familia no matrimonial*. Barcelona, 1997, pp. 76 y ss.

¹³⁶ LOPEZ-MUÑOZ GONI, N., “Las uniones paramatrimoniales.. “ pp. 184 y 185; CRESPO MORA , M.C., “Ruptura de la unión de hecho: aplicación analógica de las normas sobre crisis matrimonial. Comentario a la STS de 27 de marzo de 2001“. RdPat, num. 9, 2002-2, p.522. TALAVERA FERNANDEZ, P.A., “La unión de hecho” cit, pp. 178 y 179.

¹³⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Comentario a la STS de 29 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7341)*, CCJC, 1998, núm. 46, p. 200; defiende la viabilidad de la analogía legis salvo exclusión expresa o tácita de los convivientes de las normas matrimoniales. VALPUESTA FERNÁNDEZ *Comentario a la STS de 22 de junio de 1993*, CCJC, núm. 3, 1993, p. 989; admite la aplicación de una disposición concreta de cualquier régimen económico matrimonial por analogía legis, si existe identidad de razón. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*. Madrid, 1989, p. 399; propone la aplicación de las normas del consorcio conyugal sobre potestad doméstica, reintegro por gastos ordinarios comunes y confesión de bienes privativos.

En parecidos términos se ha observado en la jurisprudencia donde ha habido un abundante rechazo en sentencias a la aplicación analógica para solucionar los problemas surgidos en las crisis de las parejas de hecho, al declarar la improcedencia del recurso al régimen jurídico de la sociedad de gananciales, a falta de pacto tácito o expreso de sometimiento a dichas normas entre los convivientes de hecho.

En los casos en los que una de las partes de la pareja, solicita en vía judicial una indemnización por la convivencia durante determinado tiempo, para SALAZAR BORT, es cuestión principal si se solicita una indemnización por enriquecimiento injusto, que se valore en su justa medida las aportaciones que el conviviente demandado haya realizado para el sostenimiento de los gastos comunes o personales del demandante, sobre todo cuando éste haya desempeñado una actividad remunerada. Así, las tareas domésticas pueden llegar a compensarse con el mantenimiento proporcionado por la otra parte, en

función siempre de las circunstancias concurrentes.

Si bien es complicado obtener un resultado positivo en la demanda de reclamación patrimonial por el efecto de la prueba que será difícil de conseguir para dejar acreditado el desempeño del trabajo doméstico o la dedicación a las tareas de la casa en una mayor proporción o dedicación que el demandado; y todo esto provocaría que en algunas situaciones se deniegue la reintegración patrimonial reclamada, con lo que queda en primer orden el poder probar aquello que en la demanda se reclama.

Para tratar de comprender todas estas medidas, se puede acudir a la aplicación por vía analógica del artículo 1438 del Código Civil, que establece al final de su contenido que “el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.

En este artículo de SALAZAR BORT ¹³⁸ se contempla un caso fáctico similar al que estamos tratando, con la diferencia de presuponer la existencia de un matrimonio y la elección por el mismo del régimen económico de separación de bienes.

Se trata en este caso de analizar si puede tener correcta aplicación de este precepto previsto para el régimen matrimonial, al caso de una pareja de hecho. Según el artículo 4.1 del CC, procederá la aplicación analógica de las normas cuando “éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

La analogía se basa en la relación de semejanza que, en su caso, exista entre un supuesto regulado por la ley y otro no previsto por ella. Dicha semejanza debe ser de identidad en los elementos principales de ambos supuestos, siendo tan solo posible la discordancia en cuestiones secundarias.

Así se expresa también el autor GULLÓN BALLESTEROS al afirmar que

el elemento de identidad no puede ser uno cualquiera, sino el que el legislador tomó en consideración para establecer determinada norma concerniente a la relación prevista, con la que se quiere parangonar la no considerada.

Siguiendo a SALAZAR BORT, podemos afirmar que tanto la doctrina como la jurisprudencia de forma genérica, sin perjuicio de alguna resolución o comentario en contrario o en determinada época, han rechazado aplicar analógicamente la normativa de los regímenes económicos matrimoniales en general, o la de la sociedad de gananciales en particular, entendida ésta última como un régimen legal supletorio a cuya aplicación conduce la habitual ausencia de pacto alguno sobre la cuestión planteada.

¹³⁸ SALAZAR BORT S., profesor de Derecho Civil de la Universidad Jaime I de Castellón. *Diario La Ley* nº 577/2011.

La doctrina del Tribunal Supremo, fijada en la sentencia de pleno de fecha 12 de septiembre de 2005, ratificada por la de fecha 30 de octubre de 2008,¹³⁹ sienta como principio que los efectos legalmente establecidos para regular las situaciones de rupturas matrimoniales no pueden aplicarse por "analogía legis" a los supuestos de ruptura de las uniones no matrimoniales. Por ello la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia nº 713/2015 de 16 de diciembre, Ponente Baena Ruiz, establece como doctrina que debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 del Código Civil, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización a la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Expresamente dice que apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio.

Así se sigue diciendo en dicha sentencia que por ello La Corte de

Derechos Humanos de Estrasburgo en decisión de la sección primera del 10 febrero 2011, en el asunto Krosidou vs Grecia, niega la asimilación entre matrimonio y pareja de hecho con el siguiente argumento: *«las consecuencias jurídicas de un matrimonio de una pareja civil -en la cual dos personas deciden expresa y deliberadamente comprometerse- distingue esta relación de otras formas de vida en común. Más allá de la duración o del carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, que conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones de orden contractual. De manera que no puede haber analogía entre una pareja casada y un partenariado civil, y por otro lado, una pareja heterosexual u homosexual, donde los miembros han decidido vivir juntos sin devenir esposos o partners civiles*

¹³⁹ RJ 2005, 7148; RJ 2009, 404

(Burden precitado§65).[...].¹⁴⁰

Ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el art. 39.1 de la Constitución hubiera de entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio. Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter «social» de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen.

El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por

relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los aps. 2 y 3 del mismo artículo.

Del propio art. 39.1 CE no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales, diferenciación que tampoco fue afirmada por nuestra Sentencia del Tribunal Constitucional nº 184/1990, en la que no fue preciso pronunciarse acerca de si «la protección social, económica y jurídica de la familia» a la que aquel precepto se refiere podría alcanzar, en principio, tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio.¹⁴¹

¹⁴⁰ Contenido en STS nº 713/2015 de 16 de diciembre (RJ 2015/5887)

¹⁴¹ RTC 1990\184

Sin duda que la garantía constitucional del matrimonio entraña, además de su existencia necesaria en el ordenamiento, la justificación de la existencia de su específico régimen civil, esto es, del conjunto de derechos, obligaciones y expectativas jurídicas que nacen a raíz de haberse contraído un matrimonio. Cuestión ya distinta es, sin embargo, si el matrimonio, más allá de esta regulación civil que le es propia, puede constituirse en supuesto de hecho de otras normas jurídicas que, en sectores distintos del ordenamiento, atribuyan derechos o, en general, situaciones de ventaja. El vínculo matrimonial genera una serie de derechos y deberes en los cónyuges, lo que no ocurre en la convivencia de hecho. Y tales diferencias pueden ser tomadas en consideración por el Legislador al establecer un determinado régimen jurídico. Que el Legislador civil, deduciendo razonablemente consecuencias de la diferente situación jurídica y constitucional de partida, excluya del derecho a la subrogación arrendaticia a las uniones libres basadas en la convivencia *more uxorio* dando un trato distinto y más favorable a la unión matrimonial, no es contrario a la Constitución.

No lo es, desde luego, al art. 39.1 CE por carecer de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional, ni tampoco al derecho a la igualdad del art. 14 CE, por ser irrazonable o arbitraria la diferencia de trato. Mucho menos creo que pueda sostenerse que la norma aquí cuestionada – desde luego, mucho menos si se compara con el derecho a la pensión de viudedad contemplado en las resoluciones anteriores del TC.¹⁴²

Es asimismo legítimo que el Legislador civil, en su libertad de configuración, extienda los beneficios de la subrogación arrendaticia a las uniones de hecho *more uxorio*, sin incurrir por ello en discriminación constitucionalmente inaceptable (art. 14 CE en relación con el art. 39 CE e invocando, incluso, como se hace en la Sentencia, los arts. 9.2 y 47 CE).

¹⁴² SSTC 177/1985 (RTC 1985\177), 27/1986 (RTC 1986\27); ATC 156/1987; SSTC 184/1990 (RTC 1990\184), 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991 y 29/1992.

El Legislador dispone de un amplio margen de libertad de configuración del régimen jurídico de los arrendamientos urbanos y en la apreciación de las cambiantes circunstancias sociales y económicas de la vida de cada momento. Y en este sentido, la opción del vigente art. 58.1 de la LAU de requerir para el derecho a la subrogación arrendaticia la existencia de previo vínculo matrimonial, no es la única constitucionalmente posible, pudiendo extenderla también, legítimamente, al miembro superviviente de la convivencia *more uxorio*, como así hace, bajo determinadas condiciones, el Anteproyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos, en el art. 12.1. Pero que dicha extensión sea constitucionalmente admisible -e incluso deseable- no implica que la opción contraria, en la actualidad vigente y que aquí se cuestiona, no lo sea.

Pero, en todo caso, no corresponde al Tribunal Constitucional, en su función exclusiva de Legislador negativo, llevar a cabo esa extensión, ex Constitutione, con invocación incluso del derecho al disfrute de una vivienda del art. 47 CE en lo referente a un particular contenido del régimen arrendaticio (el derecho a la subrogación) limitativo del derecho de propiedad del arrendador. Limitación en cuanto le impone la obligación de continuar la relación

arrendaticia, pese al fallecimiento del contratante inicial, con la persona superviviente que había convivido *more uxorio*, en una situación o modo de vivir - es preciso subrayarlo- libremente elegida y querida por ellos (art. 10.1 CE) y sin que nada les hubiera impedido, en su día, contraer matrimonio. El hecho de que al conviviente superviviente no se le reconozca el derecho a la subrogación arrendaticia no significa que el libre desarrollo de la personalidad resulte impedido o coartado, como antes se ha dicho.

La sentencia de marzo de 2001, recoge el principio de protección al conviviente más perjudicado en la relación, aplicando la compensación recogida en los artículos 97 y 1438 del CC e incluso, implícitamente el artículo 96.4º CC. Con todo ello, lo que se realiza por el Tribunal Supremo es dar protección al más débil y más desprotegido de la relación mediante la aplicación de dichos preceptos del Código Civil. De todos los preceptos sobre la materia, el artículo 1438 del Código Civil es al que más han acudido los autores para determinar su aplicación analógica. (Así LACRUZ BERDEJO; PANTALEÓN PRIETO; VALPUESTA FERNÁNDEZ ó MENDIETA JARAMILLO).

Sentencias del Tribunal Supremo en consonancia con dicho criterio expuesto en la sentencia de 1996, se dictan en el año 1992, como la de 21 de octubre y la de 11 de diciembre, en el año 1993 la de 18 de febrero o la de 22 de julio, la de 27 de mayo de 1994, la de 16 de diciembre de 1996, la de 4 de marzo de 1997, la de 22 de enero de 2001, la de 23 de noviembre de 2004 y la de 19 de octubre de 2006.¹⁴³

En síntesis, en estas sentencias el Tribunal Supremo llega al razonamiento de que no se puede apreciar analogía en ambas situaciones jurídicas porque en el matrimonio existe una relación jurídica entre ambos cónyuges que los vincula con recíprocos derechos y obligaciones y en cambio entre la pareja de hecho no existe esta obligación que por su voluntad eligieron esta forma de unión, sin acogerse a los distintos derechos y deberes que conforman el estado civil de los casados.

Así dictaminó la STS de 21 de octubre de 1992¹⁴⁴ que *“no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial por el mero y*

exclusivo hecho de iniciarse lleve aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes, llámense gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o cualquier otra forma, sino que habrán de ser los convivientes interesados los que por pacto expreso o por su facta concludentia, aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común, sean los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho". Doctrina que reiteran las STS de fecha 18 de febrero de 1993,

¹⁴³ En este mismo sentido se ha pronunciado de forma abrumadoramente mayoritaria la Jurisprudencia: SSTS nº 913/1992, 536/1994, 1075/1994 y 1181/1994; STS 1085/1996; SSTS 327/2001, 700/2201 o 749/1997

¹⁴⁴ J1992/10289

de 23 de julio y 27 de mayo de 1998, de 22 de enero de 2001 y la de 17 de enero de 2003.

Aunque no falten posiciones discrepantes, es generalizado en la doctrina el entendimiento de que no cabe la aplicación analógica del régimen económico matrimonial en su conjunto.

De igual modo que lo que ocurre con la negativa a considerar aplicable analógicamente las normas de la sociedad de gananciales, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que no cabe entender que por el mero hecho de la convivencia surja una comunidad de bienes entre la pareja, ni que ésta haya concluido de forma tácita que los que adquiera durante ella uno de sus miembros se hagan comunes (STS 8/2001).

No obstante se admite que si del comportamiento de sus integrantes se desprenden elementos suficientes, sí cabe entender la constitución tácita de diferentes formas de comunidad. Así se admitido la conclusión por este medio de una comunidad de bienes (STS nº 894/1994, 975/1997 o 790/1998) y de diferentes clases de sociedades, habiéndose llegado a admitir incluso la figura

de la sociedad mercantil irregular, cual ocurrió con la STS nº 469/1992 (STS nº 116/1993, 1075/1994), si bien exige que se acredite la concurrencia de todos y cada uno de los elementos de las sociedades, y especialmente la afectio societatis y la aportación de bienes o industria por ambos convivientes.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta cuestión ha sido dispar como en las próximas líneas se analizará, ya que en unos casos ha apreciado la existencia de una comunidad de bienes, (como fue en la sentencia de 4 de junio de 1998) y en otros lo ha considerado como una sociedad irregular, (por ejemplo las sentencias de 18 de mayo de 1992, 18 de febrero de 1993 o 18 de marzo de 1995). La tesis de considerar la creación de un patrimonio común se ha aplicado en algunos casos por el Tribunal Supremo para dar solución a algunos supuestos. Como fue el ya expuesto de la sentencia del TS de 21 de octubre de 1992.

Doctrina que reitera el TS en sentencia de 27 de mayo de 1998 según la cual “del hecho de que exista una convivencia *more uxorio* no se puede deducir sin más aquella voluntad; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserva su total independencia frente al otro; que no quieren contraer obligaciones recíprocas personales y patrimoniales que nacen del matrimonio. Naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 de CC; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenten que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes”. Por ello, para que exista comunicación de bienes es necesario que los convivientes pacten que los bienes que tengan o adquieran pertenezcan a ambos, o establezcan, de alguna forma, cómo deben liquidarse sus relaciones patrimoniales en el momento en que la convivencia finalice, acordando formas de liquidación que permitan participar a ambos convivientes en las ganancias obtenidas por el otro mientras duraba la relación de hecho. Estos pactos tan solo tendrán eficacia y validez entre las partes firmantes de los mismos, sin que puedan afectar en sus compromisos a terceras personas que no tuvieran conocimiento de los mismos. No obstante, sí

serán eficaces frente a los herederos de los contratantes, conforme dispone el artículo 1257 del Código Civil.

El Tribunal Supremo ha establecido ya un criterio decisivo en cuanto a la no aplicación de las normas del matrimonio por analogía, y así se puede observar en la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala 1ª núm. 690/2011 de 6 de octubre, donde establece el criterio de que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio - STC 184/1990 (RTC 1990, 184) y la 222/92 (RTC 1992, 222) , por todas-, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Siendo más contundente por el hecho de que, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias.

Por ello debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. No es asumible en este caso imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso someterse a las normas que regulan la institución matrimonial, por lo que si no se acogen en su constitución, tampoco deben acogerse en su ruptura.

Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, tan solo sería de aplicación en los casos en los que una concreta ley aplicable a la relación lo prevea, o bien haya habido un pacto entre los convivientes en este sentido, supuestos en los que únicamente se aplicara la correspondiente solución que se haya acordado. En el Código civil no existen normas reguladoras de esta situación, por lo que, es excluible aplicar por analogía lo establecido en el art. 96 CC, que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras la separación o el divorcio. ¹⁴⁵

¹⁴⁵ RJ 2011/6708

5.4 APLICACIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES

Por la mera convivencia, no existe ninguna comunidad de bienes entre los convivientes, ni en consecuencia es posible, la aplicación de las reglas de ésta si los convivientes no han adquirido algún bien en común, que se haya podido destinar a la constitución de un patrimonio común que una vez finalizada la convivencia fuese necesario dividir y repartir entre los aportantes al mismo. En otras resoluciones se tiende más a la consideración como la creación de una comunidad de bienes, como en adelante se expondrá.

La comunidad de bienes necesariamente conlleva la cotitularidad de un derecho, de tal forma que cabe que dos personas sin ser titulares del mismo derecho estén en comunidad. Menos aún debe producirse esa comunicación de todos los bienes adquiridos constante la unión de hecho en el momento de la disolución de la misma, sin pacto entre los convivientes que lo autorice y sin haber adquirido en común dichos bienes. Los bienes adquiridos por alguno de los convivientes constante la unión de hecho, por el solo hecho de su existencia, no pueden hacerse comunes a ambos. Pertenerán a aquel de ellos que los adquiera, y, si los hubiesen adquirido en común, pertenecerán a ambos en copropiedad. ¹⁴⁶ Solo éstos bienes podrán ser repartidos al finalizar

la unión o en cualquier momento, anterior o posterior, si es que se solicita su división, conforme a las reglas de la comunidad ordinaria, pero no los de titularidad exclusiva de uno de los convivientes. Diferente sería que la pareja pactase una relación basada en no hacer comunes los bienes que adquiriesen y así quedase establecido bien por declaraciones de uno o ambos de los convivientes o por actos tácitos o expresos que así lo determinen. En tal caso, la titularidad formal de los bienes podrá aparecer a favor exclusivo de uno sólo de los convivientes.

¹⁴⁶ Así se ha dictaminado en Sentencias del Tribunal Supremo como las de 21 de octubre de 1992; de 11 de diciembre de 1992; de 18 de febrero de 1993; de 24 de febrero de 1993 o la de 11 de octubre de 1994.

Por ello, debido a que supone la no atribución de un reparto común, sino proporcional a las asignaciones de cada uno, es fundamental que exista el previo pacto o compromiso de hacer lo bienes particulares según las aportaciones de cada uno de los convivientes.

Según MESA MARRERO aunque la convivencia extramatrimonial no determina por el solo hecho de producirse un régimen de comunidad de bienes entre sus miembros, sí es posible admitir que existe esta situación jurídica cuando la propia pareja, bien por pacto expreso o tácito, acuerdan que su intención fue la de constituir una comunidad de bienes o derechos adquiridos constante estaba la convivencia.¹⁴⁷

En la adquisición de bienes, en el momento de adquirir un bien o derecho concreto puede adquirirse en comunidad por ambos convivientes, versando dichos pactos sobre bienes o derechos concretos. Así, por ejemplo podemos señalar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 de abril de 2000 que entendió existente una comunidad de bienes entre los convivientes, puesto que quedó acreditado que los litigantes tenían una inequívoca voluntad de hacer común la vivienda. En el sentido negativo, decir que de no acreditarse el pacto tácito de constitución de una comunidad, deviene obligado concluir su inexistencia, por ejemplo lo dictaminado en la

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 24 de enero de 2000¹⁴⁸.

De igual forma, para la liquidación de las relaciones patrimoniales de las uniones de hecho sin pacto regulador de las mismas, se podría plantear la aplicación analógica de las normas que regulan el régimen de gananciales, que permiten al conviviente que no obtuvo ingresos participar de algún modo en los obtenidos por el otro.

¹⁴⁷ MESA MARRERO, C. (2000): *Las uniones de hecho*. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos, Editorial Aranzadi, Pamplona.

¹⁴⁸ EDJ 2000/24132 y EDJ 2000/5037

El criterio más objetivo utilizado para apreciar un pacto tácito de comunicación de bienes es el mantenimiento de cuentas bancarias conjuntas. Prueba de ello lo encontramos en la SAP Granada de 4 abril 1990 (según la cual, "...que llegaron a tal sublimación en su cariño que mantuvieron conjuntas las cuentas bancarias lo que demuestra inequívocamente una actuación societaria..."), o en la STS de 21 octubre 1992,¹⁴⁹ para la que, "sensu contrario": "...no aparece probada la existencia de pacto alguno, ni expreso ni tácito, por el que los convivientes (que ingresaban sus respectivos haberes mensuales en cuentas separadas e independientes...) convinieran en hacer comunes los bienes adquiridos durante la subsistencia de su unión convivencial..."; o en las SSTS de 27 mayo y 23 julio 1998.¹⁵⁰

Como se afirma en la STS de 27 mayo 1998¹⁵¹: "del hecho de que exista una convivencia *more uxorio* no se puede deducir sin más la voluntad de constituir un patrimonio común; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserva su total independencia frente al otro; que no quieren contraer las obligaciones recíprocas personales y patrimoniales que nacen del matrimonio".

Cuestión distinta sería que hubiera una intención o voluntad de los convivientes de liquidar las relaciones patrimoniales de su unión conforme a las reglas que el Código Civil establece para la liquidación de la sociedad de

gananciales, o existiese dicha voluntad respecto a la formación de un patrimonio común durante la vida de la unión de hecho.

¹⁴⁹ EDJ 1992/10289

¹⁵⁰ EDJ 1998/3147; EDJ 1998/12930

¹⁵¹ EDJ 1998/3147

Dicha voluntad puede manifestarse, al no existir formalidad alguna, mediante un pacto expreso o tácito, deducida de hechos concluyentes e inequívocos; por lo que, podrían ser de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales y correspondería a los tribunales su apreciación. Aunque el pacto tácito puede ser problemático para lograr una sociedad universal de ganancias.

B.- TRAS EL CESE DE LA CONVIVENCIA.

5.5.- POR RUPTURA DE LA PAREJA.

5.5.1.- INTRODUCCIÓN.

En materia de ruptura de parejas de hecho, para determinar las consecuencias que van a provocar tal ruptura, es preciso determinar previamente la existencia o no de pactos entre los convivientes que regulen dichas consecuencias o medidas de la ruptura. La autonomía de voluntad de los convivientes se configura como la norma principal de regulación económica de las parejas de hecho, y es a partir de ella, y de su manifestación en

acuerdos expresos desde donde se podrá construir la vida personal y patrimonial de la pareja de hecho.¹⁵²

¹⁵² ALVAREZ LATA, N., "Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial" en Derecho Privado y Constitución, núm., 12, 1998, p. 36; MARTINEZ DE AGUIRRE, C., "Acuerdos entre convivientes more uxorio", *Revista de Derecho Privado*, noviembre de 2001, p. 842

Actualmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia, se muestran conformes de forma unánime con que son válidos y eficaces los pactos a los que lleguen los convivientes. Esta conclusión se funda en la licitud genérica de las situaciones de convivencia more uxorio, que ya no repugnan la moral socialmente dominante, y que han sido reconocidas por el legislador y han merecido un juicio favorable del Tribunal Supremo.¹⁵³

Las necesidades a las que debe atender cualquier pareja de hecho son de diversa índole, tanto en alimentación como en vestido o educación. Estos gastos que se constituyen durante la convivencia de la pareja, cuando se produce la quiebra de la misma, deben mantenerse para que no se vea alterada el nivel de convivencia para con los hijos. Pero además de este mantenimiento, se plantea a la cuestión de que hace con los bienes adquiridos durante la convivencia.

Para ello es necesario proceder a su posterior liquidación y subsiguiente adjudicación entre los convivientes. Es fundamental en este punto dejar claro la forma de procedencia de esos bienes y así debe establecerse si se trata de bienes que son propiedad de ambos convivientes o se trata de bienes que se han adquirido por uno de los miembros y son de su propiedad exclusiva y el otro conviviente reclama algún derecho sobre estos. Cuestión importante es también el caso que se plantea cuando uno de los convivientes aduce tener derecho a una indemnización o compensación por el tiempo de convivencia transcurrido con la otra parte y ello para evitar que éste se enriquezca a su

costa. También es cuestión que se puede suscitar al concluir la vida en común de la pareja de hecho, las posibles reclamaciones económicas de uno hacia el otro, cuando uno

¹⁵³ LA CRUZ BERDEJO, ESTRADA ALONSO, GITRAMA GONZALEZ, PANTALEON PRIETO, O'CALLAGHAN MUÑOZ, ESPIN CANOVAS, BERCOVITZ, VIDAL MARTINEZ, FOSAR BELLOCH, TORRES LAZANA, ZARRALUQUI, GALLEGO DOMINGUEZ, RIVERO HERNANDEZ, DE LA CAMARA, SANCHEZ LORENZO, señalados por MESA MARRERO C. "Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos. Aranzadi. Pamplona. 2000. p, 102 y MARTINEZ DE AGUIRRE, C., "Acuerdos entre convivientes", p. 843.

de ellos considere que tiene derecho a una compensación por la convivencia mantenida, o incluso cuando crea que la otra parte se ha enriquecido a su costa. Dentro de estos efectos patrimoniales es cuestión interesante también la determinación de a quien se va a adjudicar el uso y disfrute de la vivienda familiar, pudiendo ser adjudicada incluso al conviviente no propietario de la misma.

Coincido con PINTO ANDRADE¹⁵⁴ cuando afirma que para determinar los efectos patrimoniales de una ruptura, lo primero que se debe respetar son los posibles pactos a los que hayan podido llegar los convivientes, consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, tal como ha ido reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Afirma que el recurso a la figura de la comunidad de bienes se ha producido cuando se trata de la existencia de situaciones de un patrimonio completo o parcial o de bienes concretos a cuya adquisición han contribuido ambos convivientes con aportación económica o personal, independientemente de quien aparezca como titular de los mismos. Por lo que ve más proclive esta figura que la de la sociedad civil irregular, donde sería más complicado apreciar la disposición conjunta de los convivientes en el desarrollo laboral o mercantil de la misma. Criterio que comparto plenamente.

Estoy de acuerdo con lo manifestado por LÓPEZ AZCONA cuando afirma que en materia de solucionar los problemas que plantea la ruptura de una pareja se echa de menos una regulación legal "ad hoc" y en muchos casos

pactos entre los convivientes.¹⁵⁵

¹⁵⁴ PINTO ANDRADE C., "Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho" *Edit. Bosch*. 2008. pp. 45 y ss.

¹⁵⁵ LÓPEZ AZCONA A., "La ruptura de las parejas de hecho" *Edit. Aranzadi*. 2002. En cuanto al supuesto del enriquecimiento injusto condiciona su éxito de reconocimiento en los tribunales, si se cumplen y se prueban los distintos requisitos que se exigen para el mismo y ya analizados. (pag. 67). Concluye López Azcona que la jurisprudencia ha aplicado la doctrina del enriquecimiento injusto cuando no se aprecia en la pareja la existencia de ningún tipo de sociedad ni de comunidad que haga presagiar un reparto de bienes. p. 70.

Formalizada la convivencia entre la pareja, el desarrollo de la vida en común puede desarrollarse con infinidad de consecuencias y una de ellas es la ruptura de la pareja, de la misma forma que se produce una ruptura matrimonial. Esto aunque no deseable en un principio entre la pareja, pues para ello se inició una convivencia, con pretensión de establecerse con carácter duradero, si que puede en cambio derivar en el fin de la convivencia.

Para LLEBARIA SAMPER la diferencia más clara respecto de la relación matrimonial que preside las reivindicaciones de toda convivencia *more uxorio*, consiste en la falta de respuesta legal a las situaciones de los convivientes especialmente afectados a consecuencia de la ruptura de la convivencia.

Para ello los tribunales de justicia procuran evitar o atemperar los efectos perjudiciales que produce la ruptura en uno de los integrantes de la pareja de hecho. Este conviviente que se considere perjudicado podrá ejercitar dos tipos de acciones de forma conjunta, aunque alternativa. Así puede solicitar o bien la declaración de un derecho propio sobre parte de los bienes puestos a nombre del otro ex conviviente y adquiridos constante la convivencia; o bien solicitar al otro una compensación o resarcimiento económico basado en un enriquecimiento injusto o a tenor del artículo 1902 del CC por la vía de la responsabilidad civil.¹⁵⁶

La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen

jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción.

¹⁵⁶ LLEBARIA SAMPER. *Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales*. La Ley 5-1997; pp 1624 y ss.

La relevancia del problema se ha dejado sentir en la actuación de los Tribunales (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, y restantes de la organización judicial)¹⁵⁷, y también ha incidido en el campo legislativo, sobre todo a la legislación estatal, y con mayor intensidad, en la legislación autonómica, que se he esforzado en acomodar el ordenamiento jurídico a la realidad social.

¹⁵⁷ En este sentido procede citar la Ley 10/1998, de 15 de julio (RCL 1998, 2136 y LCAT 1998, 423), de Catalunya sobre Uniones Estables de Pareja, integrada en el Código Civil de Cataluña; la Ley 6/1999, de 26 de marzo (RCL 1999, 996 y LARG 1999, 79), de Aragón sobre Parejas Estables no casadas, integrada en el Código de Aragón en virtud de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, publicada en el BOE núm. 151, de 22 de junio de 2010, páginas 54523 a 54533 (11 págs.); la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio (RCL 2000, 2057 y LNA 2000, 191), para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables; la Ley 1/2001, de 6 de abril (RCL 2001, 1147 y LCV 2001, 137), de la Comunidad Valenciana por la que se regulan las Uniones de Hecho, derogada por la Ley 5/2012 de 15 de octubre y debido a la anulación por el Tribunal Constitucional en Sentencia 110/2016 de 16 de noviembre en el recurso de inconstitucionalidad nº 3859/2011, Ponente Dña Adela Asua Batarrita, (RTC 2016/192 (BOE 27/12/2016) en la que se anula en su totalidad la Ley 5/2011 de 1 de abril de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, por una cuestión de competencia en las materias atribuidas y reguladas por la Ley Valenciana en aplicación de los artículos 149.1.8 de la Constitución y en dicha sentencia se anulan también algunos artículos de la Ley 5/2012; la Ley 18/2001, de 19 de diciembre (RCL 2002, 147 y LIB 2001, 366), de Les Illes Balears, de Parejas Estables; la Ley

11/2001, de 19 de diciembre (RCL 2002, 663 y LCM 2002, 2), de la Comunidad de Madrid, sobre Uniones de Hecho; la Ley 4/2002, de 23 de mayo (RCL 2002, 1686 y LPAS 2002, 154), de Asturias, de Parejas Estables; la Ley 5/2002, de 16 de diciembre (RCL 2003, 117 y LAN 2002, 581), de Andalucía, de Parejas de Hecho; la Ley 5/2003, de 6 de marzo (RCL 2003, 1043 y LCAN 2003, 107), de Canarias, de Parejas de Hecho; la Ley 5/2003, de 20 de marzo (RCL 2003, 1241 y LEXT 2003, 83), de Extremadura, sobre Parejas de Hecho. Hay que añadir que, después de la fecha de dicha sentencia, ha entrado en vigor la Ley reguladora de las Parejas de Hecho de Cantabria, Ley 1/2005, de 16 de mayo (LCTB 2005, 166); o la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco, integrada en el Derecho Foral del País Vasco en virtud de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, publicada en el BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015, pp 62312 a 62346.

Es de significar que algunas de estas Leyes reconocen derechos para el caso de extinción de la unión por muerte de uno de los miembros de la pareja, e incluso (como en el caso de las Leyes de Navarra y de las Islas Baleares) se atribuyen derechos sucesorios con equiparación al cónyuge viudo, siendo también de resaltar la aplicación que realiza la Ley extremeña, de la doctrina del enriquecimiento injusto previendo la posibilidad de una compensación económica en favor del conviviente perjudicado que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente.

Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en el análisis que realiza de la sentencia del Tribunal Constitucional, por éste se reitera que conforme al art. 149.1.8 CE la competencia de la Comunidad Valenciana en materia de Derecho civil foral o especial se limita a la conservación, modificación y desarrollo del derecho consuetudinario que pudiera estar vigente en dicha Comunidad Autónoma en el momento de entrada en vigor de la Constitución, lo que comprende las materias conexas con dicho derecho consuetudinario.

La existencia de éste requiere ser probada, salvo en el caso de la costumbre notoria. Habida cuenta de que ni es notoria, ni ha sido probada costumbre alguna vigente en el momento mencionado que se refiera a la materia regulada por la Ley Valenciana nº 5/2011 o a otra conexas con la misma, no cabe sino concluir que el legislador valenciano carece de competencia al

respecto, circunstancia ésta que es lo que de forma clara determina la inconstitucionalidad de la Ley valenciana 5/2011.¹⁵⁸

DÍAZ MARTÍNEZ,¹⁵⁹ en cuanto a la aplicación de la normativa económico

¹⁵⁸ RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Abogado. Catedrático de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 2/2017 parte Tribuna. *Edit Aranzadi*, S.A.U., Cizur Menor. 2017.

¹⁵⁹ DÍAZ MARTÍNEZ ANA. Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. “La aplicación de las normas de régimen económico matrimonial a las uniones estables de pareja en el Derecho español (especial consideración de las singularidades del Derecho civil de Galicia”.) *Actualidad civil*, nº 3 febrero 2009.

matrimonial en especial a la legislación foral de Galicia, afirma que en materia de pactos de convivencia, tienen una mayor relevancia que en otras comunidades autónomas cuando se quiere excluir la vigencia de la normativa del régimen comunitario y mantener un mayor autonomía de los patrimonios de los convivientes. Se plantea según ella una cuestión especialmente compleja en lo referente a las condiciones de oponibilidad frente a terceros de los pactos relativos al régimen económico que circundan en los matrimonios sobre la publicidad en el Registro Civil o en el de la Propiedad cuando se trata de bienes inmuebles. Por ello afirma que se puede mantener que la falta de acceso al Registro Civil de los pactos de convivencia exige condicionar la oponibilidad de su contenido al conocimiento efectivo de los mismos por terceros, de forma que tan solo se le podría dotar de eficacia frente al tercero de buena fe, considerando como tal al que ignora realmente su existencia.

Se puede observar con todo ello que mientras son muchas las leyes autonómicas de pareja de hecho que limitan la eficacia de los pactos convencionales a los firmantes y niegan que pueden perjudicar a terceros, aunque se inscriban en el correspondiente Registro, tanto la Disposición Adicional 3ª guarda silencio sobre dicho particular.

La falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción de la unión «more uxorio» ha dado lugar a una jurisprudencia disímil, salvo en la admisibilidad general de los pactos expresos, o tácitos, con acogimiento de soluciones de comunidad de bienes,¹⁶⁰ que ha efectuado un notorio esfuerzo

para proporcionar remedio jurídico a las peculiaridades casuísticas, lo que ha dado lugar a diversas soluciones, no necesariamente reñidas entre sí. Y en tal sentido, dejando a un lado admisiones hipotéticas, son de destacar las Sentencias de 13 de junio de 1986, que aplica el principio de la buena fe y la sanción del abuso del derecho en sintonía con una interpretación acorde con la

¹⁶⁰ Ad ex. Sentencia 4 junio 1998 [RJ 1998, 3722]) o de sociedad irregular (ad ex. Sentencias 18 mayo 1992 [RJ 1992, 4907], 18 febrero 1993 [RJ 1993, 1246], 18 marzo 1995 [RJ 1995, 1962].

realidad social; 11 de diciembre de 1992, que aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto; 16 de diciembre de 1996, indemnización de daños y perjuicios del art. 1902 CC, en atención a que hubo promesa de matrimonio; y aplicación analógica del art. 96 en relación con el 4^o.1, ambos del Código Civil, por lo que respecta al uso de la vivienda familiar; 10 de marzo de 1998, principio de protección del conviviente más débil, que también se menciona en la de 27 de marzo de 2001, y se ratifica en la de 17 de enero de 2003; 27 de marzo de 2001, que alude a las doctrinas del enriquecimiento injusto, aplicación analógica de pensión compensatoria del art. 97 CC y principio de protección del conviviente perjudicado; y 5 de julio de 2001 sobre aplicación analógica del art. 97 CC.¹⁶¹

En conclusión, se puede decir que el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, la técnica más utilizada es la de la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes.¹⁶²

¹⁶¹ Sentencias 27 mayo [RJ 1994, 3753], 20 octubre [RJ 1994, 7492] y 24 noviembre 1994 [RJ 1994, 8946]; RJ 1986, 3549; RJ 1992, 9733; RJ 1996, 9020; RJ 1998, 1272; RJ 2001, 4770; RJ 2003, 4; RJ 2001, 4770; RJ 2001, 4993

¹⁶² Aunque hay autores contrarios a la aplicación analógica del art. 97 CC como LALANA DEL CASTILLO CARLOS "La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio" Barcelona, J. M. Bosch. 1993, p. 36, nota 2; GALLEGO DOMINGUEZ, L, "Las parejas..."cit, p. 321; MESA MARRERO, C. "Las uniones..." cit., p. 232 y VENTOSO ESCRIBANO, A., " Convivencia more uxorio-, cit., 264.

5.5.2.- LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CIVIL

Es un criterio consolidado que la disolución de una pareja de hecho al no ser igual que un matrimonio, los efectos que se producen no son los mismos. Por ello, los efectos patrimoniales de la disolución y liquidación van a ser diferentes. ¹⁶³

Las principales problemáticas que se plantean en las parejas de hecho, se producen al momento de su ruptura con la liquidación y adjudicación o reparto de los bienes que han adquirido durante su convivencia, o ambos convivientes o por uno de ellos tan solo.

No obstante, estos conflictos no se plantearan si ha habido un pacto previo entre los convivientes cuando formalizaron su relación para determinar la forma en que se repartirían los bienes.

Disuelta la pareja deberá liquidarse el patrimonio común y procederse a su adjudicación entre ambos miembros del mismo. Para proceder a esta operación, previamente debe acreditarse la existencia de dicha pareja de hecho, así como su duración y su convivencia de igual forma que un matrimonio.

Esto tiene su significado en que es preciso que quede suficientemente

acreditada la constitución y el mantenimiento de dicha pareja con la intención de formar una vida en común y que no se trate de una mera relación pasajera que no podría generar los efectos jurídicos que le son adjudicables a las parejas de

¹⁶³ MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: “La disolución de la unión no matrimonial. Efectos” en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Manuales de Formación Continuada 28-2004, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 214, transcribiendo una SAP de Zaragoza de 2 de mayo de 2002. En este sentido también las STC 29,30,31,35 y 38/1991 de 14 de febrero, entre otras posteriores.

hecho así reconocidas. Fácilmente se acreditará si se constituyó en escritura pública o mediante inscripción en algún registro público. En este punto podemos advertir como la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992 afirmó que “la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen convivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma expresa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar”. Habrá que estar a la apreciación de estos requisitos, sin que en sus distintas sentencias haya determinado el Tribunal Supremo un plazo de duración estándar para entender constituida la unión de hecho.

Para determinar el carácter de los bienes que han adquirido durante su convivencia la pareja, hemos de tener en cuenta lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1997 al decir que “*no procede la aplicación analógica del régimen legal de gananciales a las uniones de hecho. Es contradictorio que en el momento en que se disuelva la unión de hecho, se quiera la aplicación (ahora beneficiosa) de las normas legales sobre los efectos económicos de la desaparición de aquel estado cuando el matrimonio también se disuelve, normas que excluyeron las partes al inicio de su convivencia*”. Y la STS de 18 de mayo de 1992 al decir que “*si no resulta de fácil encaje analógico*

para aplicar a las uniones no matrimoniales, el régimen de gananciales, lo mismo sucede respecto al de separación de bienes, cuando no medió convenio o pacto alguno al respecto”.

Ha sido una cuestión ampliamente discutida por distintos sectores doctrinales a lo largo de los años, sobre todo por la falta de regulación que estableciera unas normas por las que tenían que regirse estas formas de convivencia en el momento de su ruptura.

Actualmente tanto la Doctrina como la Jurisprudencia consideran pactos válidos y eficaces entre los convivientes aquellos que libremente hayan dispuesto concertar para su relación. Esta conclusión se funda en la licitud genérica de las situaciones de convivencia *more uxorio* que son plenamente admitidas y reconocidas por el legislador, socialmente y han merecido un juicio favorable de toda la jurisprudencia.¹⁶⁴

La Doctrina y la Jurisprudencia no solo admiten abiertamente la licitud y eficacia de los mismos sino también la conveniencia de suscribirlos.¹⁶⁵

Ante estas situaciones dice el Tribunal Supremo que deberán de ser los convivientes interesados los que, en virtud de pacto expreso o por sus *facta concludentia* o aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común, evidencien una inequívoca voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión de hecho. Por lo que, será clave observar si se han realizado actos que determinen la voluntad de constituir un condominio o una sociedad particular o universal de ganancias. Se trata en este caso de actos inequívocos de los convivientes en la manera de regular su forma de convivencia. Esto supondrá una relación con signos de publicidad y donde aunque no se haya efectuado la formalidad matrimonial, sí que al menos deberán apreciarse signos de convivencia familiar que denote la intención de permanencia y estabilidad en la relación, como puede por ejemplo la compra de bienes muebles en común para uso y disfrute sin distinciones, la asistencia a actos y eventos sociales o culturales, la procreación con la intención de formar una familia en común donde se inculquen criterios

¹⁶⁴ Así lo consideraba el T.S entre otras STS 18 de marzo de 1918, 2 de abril de 1941, 5 de octubre de 1957 y 17 de octubre de 1959. Señaladas por CANDIL CANO, Maria Luisa: *¿Cómo liquidar los intereses patrimoniales de las parejas no casadas al término de la unión?*, Colección Jurisprudencia Práctica Nº 153, *Edit Tecnos*, Madrid, 2000, p. 10.

¹⁶⁵ Entre otros, Lacruz Berdejo, Estrada Alonso, Gitrama González: Pantaleón Prieto, O'Callaghan Muñoz, Espín Cánovas, Bercovitz, Vidal Martínez, Fosar Belloch, Torres Lana, Zarraluqui, Gallego Domínguez, Rivero Hernández...señalados por MESA MARRERO, Carolina : *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, pag.102 y por MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos: "Acuerdos entre convivientes more uxorio" en Revista de Derecho Privado. Noviembre 2001 p. 843. Pionera en este sentido fue una Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986. Entre otras, STS 18 de mayo de 1992, 21 de octubre de 1992, 18 de febrero de 1993, 27 de mayo de 1994 y 11 de octubre de 1994. Señaladas por la totalidad de los autores: Señaladamente, CANDIL CANO, Maria Luisa: *¿Cómo liquidar ...? op. cit*, p. 10 y por MESA MARRERO, Carolina: *Las uniones de hecho. Análisis...op.cit*, pags. 105 y 106. CORDERO CUTILLAS, Iciar en "Algunas precisiones..." op.cit, p 1431 señala como más significativas las STS de 27 de mayo de 1998 y 22 de enero de 2001.

educativos y sociales entre ambos convivientes o la involucración en problemas en la familia de cada conviviente que denoten una preocupación y participación en la estirpe familiar de cada miembro de la pareja.

Los pactos expresos suscritos entre los convivientes conforme al artículo 1255 del Código Civil no plantean problemas, por lo que la mayoría de la doctrina no ve obstáculo para admitir la validez jurídica de dichos pactos tendentes a someter la pareja en cuanto al régimen económico que les rijan a la comunidad de bienes, régimen de participación o de separación de bienes, regulados en nuestro derecho civil para el matrimonio. ¹⁶⁶

Los problemas a dilucidar se plantean cuando no existe pacto alguno en esta materia, en cuyo caso habrá que probar ante los tribunales que la voluntad sino explícita si constituida por actos implícitos, fue la de regirse como una sociedad de ganancias comunes.

Pues bien, la jurisprudencia ha creado a través de sus resoluciones judiciales un sistema de requisitos para entender cuando se crea y cuando no un patrimonio común o un bien común.

Así entre los criterios favorables para pensar que ha existido una voluntad de crear dicho patrimonio común, tendríamos el hecho de llevar a cabo el ejercicio conjunto de una actividad comercial.

Cuando se realiza una actividad comercial por ambos convivientes y se destinan los beneficios del negocio a la adquisición de bienes, aunque los mismos sean titularidad de uno de los miembros de la pareja, la jurisprudencia entiende que forma parte del acervo común de la pareja, en base a un pacto tácito admitido

¹⁶⁶ SEOANE PRADO, Javier: “Liquidación de patrimonios comunes” en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial I-2003, Consejo General de Poder Judicial , Madrid, 2003, pag. 345 y MARTINEZ DE AGUIRRE, C. “Acuerdos ...”, op. cit p. 853 y DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: *Uniones de hecho, Una nueva visión...op.cit*, p. 173

por ambos en cuanto a la forma de adquirir dichos bienes con el resultado del negocio común. Criterio que los tribunales entienden que sigue existiendo en los casos en que uno de los integrantes de la pareja, compagine el trabajo con la dedicación a la familia o al hogar familiar.

El Tribunal Supremo acude en estos casos a la aplicación de una comunidad de bienes sui generis, o a la sociedad irregular, debido a que en base al esfuerzo y dedicación mutua en la actividad comercial coincidente e integrante de un hacer conjunto dentro del trabajo mercantil, se creó un patrimonio en común.

Esto tiene incluso su apoyo en el artículo 1665 del Código Civil al disponer que “*la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*”. Debido a que no es usual que una pareja de hecho constituya una sociedad legal, se trataría más bien de casos de sociedades irregulares que tienen su encuadre legal en el artículo 1669 del CC al decir que “*No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes*”.

El hecho de acudir a una u otra figura jurídica por los tribunales en sus resoluciones, obedece simplemente a un deseo de encontrar la mejor solución para cada caso fáctico que se plantea cada vez que se presenta en un juzgado una demanda civil en reclamación de un derecho o una disposición económica a la que el demandante cree tener derecho y para lo que acude a los jueces en aras a su reconocimiento y amparo.¹⁶⁷

¹⁶⁷ MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos: "Acuerdos ...", op. cit p. 864. Nosotros hemos encontrado una lista amplísima en MEZQUITA DEL CACHO: "El principio de seguridad jurídica en las diversas opciones legislativas" en *El Derecho Europeo ante la pareja de hecho*, Edit. Cedecs, 1996.

En este sentido, resulta muy interesante el Comentario a la STS de 17 de enero de 2003 por GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio: Pactos entre convivientes, Enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones matrimoniales: Diario La Ley, Numero 5861, de 1 de octubre de 2003. Se analiza la problemática de precisar cuando una ley o un pacto en los que se prevén compensaciones para el caso de ruptura de una pareja de hecho, viola el principio de libre ruptura de tales uniones.

Así pues, la jurisprudencia permite que toda relación de convivencia que debe de ser seria, tener carácter íntimo, estable y duradero y con intención como no de constituir una familia, pueda tener efectos económicos, que deberán determinarse según la norma más característica a cada caso concreto para que la solución sea lo más justa y adecuada a derecho posible. Por lo que, el Tribunal Supremo siendo conocedor de estas realidades ha aplicado las normas de la sociedad irregular de naturaleza mercantil, en la Sentencia de 18 de mayo de 1992,¹⁶⁸ al apreciarse un esfuerzo mutuo en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial que generó un patrimonio comunal; también en otro caso en Sentencia de 18 de febrero de 1993 aplicó las normas de la sociedad irregular civil, por la cooperación de la conviviente en la explotación de alguno de los negocios de su pareja y la *affectio societatis* que concurría; o en la Sentencia de 18 de marzo de 1995 las normas de la sociedad universal irregular de

carácter civil por convivir durante un periodo prolongado en el que ambos ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjuntamente o individualmente uno de ellos para la sociedad que su prolongada convivencia y trabajo en común había consolidado; en otros casos ha existido una comunidad de bienes, como ha sido la STS de 29 de octubre de 1997, al quedar acreditado que la adquisición de un piso donde la pareja convivió, se pagó con cargo a una cuenta corriente que estaba a nombre de ambos convivientes y en la que ingresaban fondos ambas partes.

¹⁶⁸ RJ 1992/4907

También ha acudido el TS a las normas que regulan la responsabilidad extracontractual, como en la Sentencia de 16 de diciembre de 1996,¹⁶⁹ en una pareja que conviven tres años juntos con promesa de matrimonio que luego no se celebra, junto con la pérdida del derecho al arrendamiento sobre la vivienda en la que habitaba la mujer y que resolvió en atención a la nueva situación, o a las normas que reconocen el enriquecimiento injusto,¹⁷⁰ o por vía analógica que establecen la pensión compensatoria.¹⁷¹ Concluyendo con ello que lo que se entiende que se realiza son pactos de sociedad.

Entre los supuestos anteriormente enunciados podemos reseñar algunos significativos como el resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de mayo de 2004 sobre un caso de convivencia more uxorio y compraventa de vivienda. En dicho supuesto se ejercitaba una acción declarativa de propiedad sobre una determinada vivienda y como acción alternativa, una acción declarativa de que, siendo cosa común, la participación debía ser proporcional a las aportaciones económicas de cada uno de los miembros de la pareja y finalmente como otra acción alternativa más, una declarativa de que la cosa era común por partes iguales.

¹⁶⁹ RJ 1996\9020 y SEOANE PRADO, J. "Liquidación ...op. cit, pag. 345, citando a Llevaría Samper, Sergio en "Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996". Diario La Ley 1997, Tomo 5.

¹⁷⁰ Así en Sentencias de 11 de diciembre de 1992, 27 de marzo de 2001 o 17 de enero de 2003

¹⁷¹ SSTS de 27 de marzo y de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002.

Ha sido reiterada la jurisprudencia que ha estimado la demanda de la conviviente more uxorio frente a su pareja que reclama una parte de los bienes adquiridos durante el período de convivencia, que están bajo la titularidad del demandado. Este caso es el inverso: durante el período de convivencia, se adquiere un bien por mitad pro indiviso de los dos -la vivienda común- y, tras la ruptura, uno de ellos pretende que se declare su exclusiva propiedad; la sentencia recurrida estima su demanda, por entender que la verdadera voluntad era que fuera el hombre el único adquirente, lo cual es absurdo pues en el negocio bilateral la mujer nunca tuvo esta voluntad, y por estimar la falta de causa porque ella "no aportó en su compra su parte correspondiente" e ignora que una convivencia es no sólo una comunidad económica, sino además una comunidad de vida y las aportaciones personales de la convivencia -además de tener un indiscutible valor económico (así, artículo 103, medida 3ª, segundo párrafo del CC), no pueden obviarse al determinar la propiedad de una cosa común. Las partes adquirieron y así lo declararon voluntaria y conscientemente, la vivienda por mitad y partes iguales.

Tras la adquisición, sin que se haya pedido la inexistencia, nulidad o ineficacia del contrato de compraventa en el que los compradores son los dos convivientes, una declaración de propiedad exclusiva a favor del demandante implicaría una transmisión que violaría la norma sobre ello, que consagra el artículo 609 del Código civil, por lo que prospera el motivo segundo.

El mantenimiento durante toda la convivencia, de la cotitularidad dominical de los dos convivientes sobre su vivienda, adquirida por mitad y pro

indiviso, implica que la petición por uno de ellos de que es de su exclusiva propiedad por haberla pagado desconociendo la colaboración y la aportación de su pareja, la infracción de la doctrina de los actos propios, por lo que prospera también dicho motivo de la demanda.

Afirma la Sala en la anterior sentencia de 14 de mayo de 2004¹⁷² que:
“El

¹⁷² VLEX 453/2004

que pruebe, como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial, que fue adquirida con dinero de la exclusiva propiedad del mismo (el demandante, conviviente) no implica que la vivienda sea de su exclusiva propiedad; ésta la adquirieron los dos, con intención consciente y libre: él aportó dinero y ella aportó su colaboración personal; de la misma forma que en un matrimonio con régimen económico-matrimonial de bienes, convenido en capitulaciones o como régimen legal presuntivo (en Cataluña y Baleares) sería absurdo que tras una separación y a salvo las medidas que prevé la ley, el esposo que fuera el único que tuviera capacidad económica, obtuviera la propiedad exclusiva de todo lo adquirido a nombre de los dos: son los casos muy frecuentes, en que el fruto del ahorro -de los dos- se pone a nombre de ambos. Es decir, la prueba de la aportación económica no implica la consecuencia jurídica de la propiedad exclusiva de lo adquirido, siendo así que el negocio jurídico de adquisición no ha sido impugnado y dándose el caso de las aportaciones personales de la convivencia concurren con las económicas, siendo indiscutible que el ahorro y el esfuerzo para tal adquisición son comunes. Por tanto, no puede estimarse la demanda en que pide la declaración de propiedad exclusiva de la vivienda para una de las partes, en este caso el hombre, cuando en su origen fue adquirida en común.

Tampoco se puede estimar la pretensión alternativa de que se declare que la división de la cosa común sea proporcional a las aportaciones de cada uno de los adquirentes, porque lo que pretende y así se expresa claramente en la demanda, es que la proporción sea de las aportaciones exclusivamente

económicas, prescindiendo de las personales propias de una convivencia, como si éstas no fueran tales aportaciones”.

Se acuerda por la Sala, el mantenimiento de la copropiedad que consta en la escritura pública y está inscrita en el Registro de la Propiedad. Por lo que, tal como se resuelve en dicha resolución judicial se dicta una sentencia que entra en el ámbito de la lógica, puesto que un bien que ha sido adquirido por ambos convivientes y donde no se estableció en el momento de adquirirlo una distinción clara de la propiedad de cada uno, no puede posteriormente pretender uno de los integrantes de la pareja, hacer una disposición exclusiva del mismo como si el otro conviviente nada tuviera que ver con el mismo, y ello aún cuando su aportación pueda haber sido mayor pero no pueda probarlo. Sobre todo, lo fundamental es ver la forma de inscripción que consta en el Registro de la Propiedad de dicho bien y si aparece a nombre de los dos en igual proporción, esto será lo que tendrá eficacia jurídica y por tanto lo que en definitiva valdrá.

Aun cuando se reclame en la demanda el pretender la liquidación de un inexistente régimen de comunidad y en base a ello el reconocimiento de una indemnización de perjuicios, debe recordarse, con la STS, 611/2005, de 12 de septiembre, que: para determinar cuáles deben ser las pretensiones indemnizatorias en el caso ya sea de ruptura unilateral o común de una unión de hecho, que a falta de una normativa legal o convencional, hay que traer, antes de nada, a colación las siguientes posiciones:

Las posturas tienen como principio la regla general de negar efecto económico alguno a favor de uno de los miembros de la pareja para el caso de ruptura. Los efectos económicos serán únicamente, en su caso, los que los propios miembros de la pareja hayan previsto mediante pacto, con la misma libertad con la que decidieron unirse y con los límites generales del art. 1255 CC.

En definitiva, a falta de pacto entre los miembros de la unión, cada uno asume las consecuencias económicas de la ruptura, porque, si libre fue la unión, igualmente libre tiene que ser la ruptura para cualquiera de ellos.

Sentando esta doctrina general, se fomentaría con ella la madurez y auto-responsabilidad en la toma de decisiones y se afrontaría una realidad social, de difícil fundamentación constitucional y legal.

También hay que tener en cuenta las posiciones que se basan en la anterior postura, pero que, sin embargo, afirman que todo lo antedicho no excluye, evidentemente, el reconocimiento de efectos jurídicos de la ruptura unilateral de las uniones de hecho. Pero serán efectos jurídicos derivados o propios de la institución que en cada caso proceda y no precisamente del matrimonio. Así, en la actualidad es frecuente la adquisición de vivienda en pro indiviso, incluso por personas que piensan contraer matrimonio en un futuro más o menos próximo, y en tal caso lo procedente será aplicar las reglas de la disolución de la comunidad de bienes o "división de la cosa común", según los arts. 400 y ss del Código Civil.¹⁷³ No es descartable tampoco que puedan darse casos de auténtico enriquecimiento injusto o sin causa, pero esa falta de causa nunca podrá identificarse con la libre decisión de unirse a otra persona sin casarse y formar una relación de convivencia de múltiples variables.

Finalmente, no cabe excluir radicalmente la aplicabilidad del art. 1902 CC., pero siempre exigiendo la plena concurrencia de todos sus requisitos, y, naturalmente, rechazando que la simple decisión de ruptura, aún sin causa alguna, constituye culpa o negligencia determinante de un deber de indemnizar, pues en tal caso se estaría creando algo muy parecido a la indisolubilidad de la unión de hecho o a su disolubilidad solamente previo pago.

Por último, encontramos las posiciones que permiten en general la posibilidad de reclamación indemnizatoria, con fundamento en la fuerza expansiva de la norma, lo que permitirá la aplicación de los artículos 96, 97 y 1438 del Código Civil, a través de la analogía existente entre el matrimonio y las uniones de hecho como instituciones comprendidas dentro del derecho de familia.

En materia a la liquidación del patrimonio común, hemos de decir que producida la ruptura de la unión de hecho resulta preciso resolver las múltiples cuestiones económicas que aquella plantea. Especialmente discutida ha sido la

cuestión relativa al régimen a aplicar al reparto de las ganancias, liquidación y atribución de los bienes. La cuestión es especialmente complicada porque no nos encontramos ante un fenómeno estrictamente patrimonial.

¹⁷³ Comentario a la STS de 17 de enero de 2003 por GAVIDIA SÁNCHEZ JULIO: Pactos entre convivientes, Enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones matrimoniales: Diario La Ley, Numero 5861, de 1 de octubre de 2003. Se analiza la problemática de precisar cuando una ley o un pacto en los que se prevén compensaciones para el caso de ruptura de una pareja de hecho, viola el principio de libre ruptura de tales uniones.

Se producen también unos componentes personales y de convivencia, que no se hallan sujetos a los principios contables básicos, pues los flujos económicos de sus componentes y del ente común que configuran, son difícilmente discernibles e identificables.¹⁷⁴

Se han tratado de aportar soluciones encaminadas a atribuir un régimen jurídico concreto en el que puedan encontrar respuesta los problemas patrimoniales de la unión de hecho.

Podemos hacer las siguientes distinciones:

1.- Aplicación de las normas relativas a los regímenes económico-matrimoniales:

Muy controvertida fue la cuestión de la aplicación de las normas relativas a los regímenes económico-matrimoniales a la liquidación del patrimonio en el caso de ruptura de la convivencia *more uxorio*. La jurisprudencia ha sido extremadamente cauta a la hora de señalar la figura jurídica que por analogía pudiera aplicarse a aquella situación, puesto que habrá que estar a cada caso concreto para ver cuál es la figura jurídica que mejor encaje puede tener en la resolución de la problemática que sobre cada pareja que vaya presentando.

Pero previamente tuvo el TC que disipar las dudas acerca de si la no aplicación a las uniones extramatrimoniales de la normativa jurídica del matrimonio

constituía una violación del principio constitucional de la igualdad de todos los españoles ante la ley, proclamándose que resulta claro que en la Constitución el matrimonio y la convivencia extramatrimoniales no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional -art. 32.1-, cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional

¹⁷⁴ Como declara la SAP de Zaragoza de 20 de marzo de 2006 (RJ 2006, 126804)

-art. 32.2-. Nada de ello ocurre con la unión de hecho «more uxorio», que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento.

Ya dejó aclarada esta cuestión el TS en reiteradas sentencias que han sido expuestas en páginas anteriores, por las que a vía de la analogía quedaba desechada.¹⁷⁵

Nuestros Tribunales han declarado reiteradamente que por el mero hecho de la convivencia no surge de modo automático una comunidad de bienes entre la pareja. No puede entenderse sin más que los adquiridos durante el transcurso de aquella por uno de sus miembros se hacen comunes, salvo que exista un pacto entre los convivientes en tal sentido.¹⁷⁶

Curiosa resulta la sentencia, que resuelve un supuesto en que uno de los miembros de la pareja reclamaba la mitad del premio obtenido por el otro en un cupón de la ONCE. El demandante invocaba su derecho al premio sobre la base de la existencia de una comunidad de bienes (que se ceñía a un negocio de pescadería).

La demandada alegó que el dinero con que pagó era privativo. Desestima el Tribunal la pretensión por considerar no aplicable el artículo 1351 del CC, que considera gananciales las ganancias obtenidas en el juego, a las

parejas estables de Cataluña. Ello sobre la base de que en esta comunidad en defecto de pacto expreso, el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, por lo que las ganancias serán de aquel que jugó comprando los cupones.

¹⁷⁵ Así la sentencia de 22 de julio de 1993, rechaza la aplicación analógica a las uniones de hecho de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico-matrimoniales, pues no existe la semejanza entre las uniones de hecho y las matrimoniales.

¹⁷⁶ SSTs de 21 de octubre de 1992; 11 de octubre de 1994; 29 de julio de 1998; y 22 de enero de 2001

No obstante, la existencia de una comunidad de bienes se deduce en ocasiones de los actos de los convivientes.¹⁷⁷ Actos que pueden ser de la más variada índole (existencia de cuentas bancarias conjuntas, actividad profesional conjunta, autorización de uno de los convivientes para disponer de las cuentas bancarias del otro, compartir ingresos y gastos, etc.).

El Tribunal Supremo como recoge su Sentencia de 10 de marzo de 1998,¹⁷⁸ ha declarado reiteradamente que no se puede aplicar la normativa del matrimonio, especialmente la de los regímenes económico-matrimoniales a las situaciones de convivencia «more uxorio» y así en la Sentencia de 16 de diciembre de 1996¹⁷⁹ que en aquélla se cita literalmente se dice que nota común que resulta de la propia noción es la exclusión, por regla general del régimen matrimonial.

2.- Aplicación de las normas de la sociedad:

Existiendo pacto expreso entre los miembros de la pareja para la constitución de una sociedad no se plantea problema alguno. La duda se plantea acerca de si, no existiendo dicho pacto, puede entenderse que ha habido una sociedad y, en caso afirmativo, de qué tipo.

La doctrina y la jurisprudencia utilizan diversos términos para designar las sociedades en las que falta pacto expreso de constitución: sociedad de hecho, sociedad tácita, sociedad irregular, sociedad oculta o secreta. La figura

de la sociedad -especialmente la sociedad irregular- ha sido utilizada en ocasiones por nuestros Tribunales para explicar las relaciones económicas que surgen entre los convivientes «*more uxorio*» y las reglas a aplicar cuando llega el momento de la liquidación.¹⁸⁰

¹⁷⁷ SSTS de 29 de octubre de 1997 y 23 de julio de 1998

¹⁷⁸ RJ 1998\1272

¹⁷⁹ RJ 1996\9020

¹⁸⁰ SSTS de 18 de mayo, 18 de febrero, 10 de diciembre 36 y 18 de marzo de 1993

El Tribunal Supremo en estos casos entiende que no existe una sociedad civil universal, sino más bien una sociedad civil irregular entre los miembros de la pareja de hecho, cuando se disponen a la gestión de una empresa o negocio.

La sociedad universal de ganancias es también invocada con relativa frecuencia por los convivientes cuando llega el momento de liquidación del patrimonio común. En principio, resulta difícil admitir la existencia de una sociedad cuando la pareja no formalizó su constitución, aunque de hecho funcionase entre ellos. Por ello es precisa la concurrencia de los elementos que la ley exige para constituir una sociedad, debiendo constar un ánimo de poner en común el esfuerzo económico y las ganancias. Precisamente por no constar la *affectio societatis*, la STS de 11 de diciembre de 1992, rechazó la existencia de sociedad universal de ganancias. Consideró el TS que «... la existencia de ese 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 considerarse concurrente, ya que puede, sin duda, suceder que en las uniones que dan lugar a la convivencia *more uxorio* prefieran, quienes la forman, mantener su independencia económica...». ¹⁸¹

Necesaria resulta también la voluntad inequívoca de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia. ¹⁸²

¹⁸¹ También citados por MESA MARRERO, Carolina: *Las uniones de hecho. Análisis... op.cit*, pag. 115, SEOANE PRADO, Javier: "Liquidación de patrimonios". *op.cit*, pag. 347 y MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos: "Acuerdos ...", *op. cit* pag. 864.

¹⁸² Por faltar aquélla la STS de 27 de mayo de 2004 rechaza la existencia de sociedad universal de ganancias al considerar que «...no toda comunidad de vida -convivencia more uxorio o incluso el matrimonio- lleva consigo necesariamente una comunidad universal o sociedad universal de ganancias; en el presente caso se ha acreditado que no hubo comunidad de ganancias por más que hubiera actos comunes de disposición, pero consta que no hubo voluntad expresa o tácita de hacer comunes todos los bienes adquiridos...». En el caso resuelto por esta sentencia se deniega la aplicación de las normas de la sociedad civil universal de ganancias, por no constar el ánimo de poner en común el esfuerzo económico y las ganancias, ni la voluntad de poner en común los bienes adquiridos durante la convivencia.

En consecuencia, según nuestros tribunales, faltando el pacto entre las partes, sólo puede admitirse la existencia de sociedad universal de ganancias entre los miembros de la pareja cuando de la convivencia en común se desprenda de modo inequívoco la voluntad de hacer comunes el esfuerzo económico y las ganancias, así como los bienes adquiridos por ellos durante la unión.

Existiendo realmente una sociedad universal, habrá que estar a lo establecido en el artículo 1689 CC en orden a determinar la participación de los convivientes en el reparto de pérdidas y ganancias. Conforme a este precepto habrá que acudir en primer lugar a lo pactado por las partes. En defecto de pacto, la participación será proporcional a lo aportado por cada socio.

5.5.3.- INDEMNIZACIÓN O COMPENSACIÓN.

A la hora de determinar los posibles derechos económicos de una de las partes en la pareja cuando se produce la separación de la misma, para

poder establecer a qué tipo de derecho nos estamos refiriendo y en que norma nos vamos a basar para su reconocimiento y adjudicación, hemos de partir precisamente de las leyes que se hayan dictado hasta el momento. Pues bien, en España como ya sabemos, tenemos normas estatales y normas autonómicas que regulan en su ámbito autonómico propio sus propias formas de regulación. Precisamente en este punto hay comunidades autónomas como Andalucía, Asturias o Madrid que acuden a la normativa estatal para resolver el problema, y en cambio otras autonomías como Cataluña, País Vasco, Baleares, Navarra y Aragón tiene su propia legislación autonómica y regulan así la compensación que uno de los convivientes deberá de abonar al otro como consecuencia del desequilibrio económico que la ruptura le ha producido. Como señala el abogado PÉREZ UREÑA, es de resaltar la aplicación que realiza la Ley extremeña (art. 7) de la doctrina del enriquecimiento injusto previendo la posibilidad de una compensación económica en favor del conviviente perjudicado que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente.¹⁸³

En el análisis de la materia de compensación económica a favor del uno de los convivientes, vamos a establecer diversas distinciones:

A) Soluciones de las legislaciones autonómicas:

La mayoría de las legislaciones autonómicas establecen, llegado el momento del cese de la convivencia, una compensación económica a favor del conviviente que pueda resultar más desfavorecido. Se trata de evitar situaciones de desequilibrio entre los patrimonios, que impliquen enriquecimiento. Estas previsiones, además de resultar superfluas en muchos casos, dado el amplio margen reconocido en este ámbito a la autonomía de la voluntad, plantean asimismo problemas competenciales, especialmente en las Comunidades Autónomas que carecen de Derecho civil propio.¹⁸⁴

El derecho a la compensación económica se establece sobre la base de que:

1º El conviviente haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o

privativos del otro miembro de la pareja.

¹⁸³ PEREZ UREÑA, A. Edit. El Derecho Editores / Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 4, p. 1

¹⁸⁴ Así por ejemplo está previsto en la Ley 5/2002 de 16 de diciembre de Parejas de Hecho de Andalucía en su artículo 12 al establecer las causas de disolución. BOE» núm. 11, de 13 de enero de 2003, pp 1358 a 1361 (4 págs.)

2º Que su ocupación principal o exclusiva haya sido el cuidado de la familia y de los hijos.

3º Que haya colaborado profesionalmente de modo no retribuido o insuficientemente retribuido a la profesión o empresa del otro conviviente.

El trabajo doméstico o para el otro conviviente únicamente dará derecho a compensación económica cuando exceda de tal deber de contribución, generando desequilibrio patrimonial a favor del otro conviviente.

El pago se efectuará en metálico, con carácter general. También puede efectuarse con bienes del deudor, si existe acuerdo de los convivientes en tal sentido, o con autorización judicial por causa justificada.

La obtención de la pensión se condiciona en todos los casos a la concurrencia de dos requisitos:

1.- Que ésta resulte precisa para atender adecuadamente al sustento del conviviente al que la convivencia haya disminuido la capacidad de obtener ingresos.

2.- Que el conviviente tenga hijos comunes a su cargo, que le impidan la realización de actividades laborales o las dificulten seriamente.

La reclamación de los derechos de pensión y compensación económica ha de hacerse en el plazo de un año desde la extinción de la pareja.

Se contemplan asimismo en estas normas causas de extinción de la pensión, en función de las causas que motivaron su concesión. Se establece la extinción del derecho de pensión en un plazo de tres años, a contar desde el pago de la primera pensión, por las causas generales de extinción del derecho de alimentos, y en el supuesto de que el receptor contraiga matrimonio, constituya una pareja estable o conviva en relación de afectividad análoga a la conyugal con otra persona.

B) Posición de los tribunales:

La reclamación de compensaciones económicas, o indemnizaciones por parte del conviviente perjudicado por la ruptura de la unión de hecho es una constante ante nuestros tribunales. A falta de normativa legal o convencional se suelen invocar argumentos de la más variada índole, recurriéndose a la analogía con la obligación legal de alimentos de los artículos 142 y siguientes, o con la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil. En otros se invoca la responsabilidad extracontractual, o la doctrina del enriquecimiento injusto.

La pretensión indemnizatoria con base en el artículo 1902 del Código Civil es admitida por el Tribunal Supremo, aunque estimada de forma excepcional. Es precisa la concurrencia de todos los requisitos que recoge este artículo sin que pueda admitirse que la simple decisión unilateral de ruptura, aun sin causa alguna, constituye culpa o negligencia determinante de un deber de indemnizar.

En materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, si bien existe una jurisprudencia disímil, la técnica más utilizada por la Sala Primera del Tribunal Supremo es la de la doctrina del enriquecimiento injusto. El enriquecimiento injusto se ha mostrado en bastantes ocasiones como en cauce más adecuado para dar respuesta a esta problemática.¹⁸⁵

¹⁸⁵ La STS de 22 de julio de 1993, no obstante, se muestra bastante rigurosa en la apreciación de la concurrencia de sus requisitos. Por su parte la STS de 17 de junio de 2003 mantiene que «una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica». Destaca, sin embargo, que «... su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando a un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado de justicia insoslayable». Resalta asimismo esta sentencia que «...el empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del otro». En la misma dirección, la STS de 23 de noviembre de 2004 expresa que se trata de «... evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho de trascendencia jurídica».

Como requisitos para que concurra el enriquecimiento injusto, encontramos: a) el aumento del patrimonio del enriquecido; b) el correlativo empobrecimiento del actor; c) la falta de causa que justifique el enriquecimiento; y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de tal principio.

La aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil se esgrime también por el conviviente que se considera perjudicado por la ruptura de la unión de hecho con relativa frecuencia.

Nuestro TS, no obstante, no se muestra muy favorable a la invocación de la pensión compensatoria sobre la base de considerar que la aplicación del artículo 97 CC exige un matrimonio previo. También se alega la incongruencia de quienes eligen la unión de hecho y llegada su extinción reclaman los efectos del matrimonio.

Las páginas anteriores ponen de manifiesto que la solución a la amplia problemática planteada por las uniones de hecho ha venido a resolverse en sede judicial, ante la carencia de regulación a nivel estatal. La proliferación de normas autonómicas ha venido también a dar respuesta a muchas de las cuestiones que plantea esta forma de convivencia. Respuesta por otra parte, aunque similar, no coincidente en todas ellas. La aplicación judicial de las disposiciones autonómicas irá revelando sus omisiones y contradicciones, y determinará, sin duda, nuevos cambios legislativos.

El TS nos dice en la sentencia de 27 de mayo de 1998 ¹⁸⁶ que "del hecho de que exista una convivencia "more uxorio" no se puede deducir sin más aquella voluntad; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserva su total independencia frente al otro, que no quieren contraer las obligaciones recíprocas personales y patrimoniales que nacen del matrimonio, sin perjuicio de que naturalmente, cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su

¹⁸⁶ RJ 1998, 3382

estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del art. 1255 del Código Civil ¹⁸⁷ o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter, patenten que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes". ¹⁸⁸

Reiterando, que no existen datos o elementos de prueba suficientes para poder afirmar, de modo cierto e inequívoco, que los litigantes, además de su convivencia "more uxorio" en lo estrictamente personal, que es indudable, y del simple pacto para compartir gastos, que es de todo punto normal y lógico, también quisieran comunicar o compartir, en mayor o menor medida, la titularidad de la vivienda litigiosa, debemos indicar que el procedimiento de precario es un procedimiento especial y sumario cuya finalidad es el desalojo de los que se encuentran u ocupan un inmueble por mera tolerancia del titular del mismo o por cesión gratuita de aquél, considerándose precario la posesión de una finca sin pagar renta, de modo que quien sobre dicha finca ostenta un título que le da derecho a disfrutarla puede hacer que cese esta ocupación meramente tolerada o consentida, cuando exteriorice en forma legal su propósito, de forma que si quien ocupa la finca no acredita su derecho a poseer debe ser estimada la acción de desahucio en precario, por lo que procedía estimar en el supuesto concreto que nos ocupa la acción de desahucio en precario instada por el que aparece como propietario exclusivo de la vivienda, sin que la situación de la demandada tras la ruptura deba ser objeto de una

tutela especial, aplicando el principio general de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho, y que encuentra apoyo en normas constitucionales y de Derecho privado.¹⁸⁹

¹⁸⁷ LEG 1889, 27

¹⁸⁸ STS 22 enero [RJ 2001, 1678] y 27 marzo 2001 [RJ 2001, 4770]

¹⁸⁹ Así en la CE el art. 10, principio de dignidad de la persona, art. 14, principio de igualdad, art. 39, principio de protección a la familia); como la Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos (cuyo art. 16.b, entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente), y que, también, ha sido reconocido por las sentencias del Tribunal Constitucional que se han ocupado del asunto, que en este caso no entendemos de aplicación pues no se ha demostrado que la demandada tenga verdadera necesidad de la vivienda.

En esta materia lo que nos concierne determinar es dilucidar aquellos problemas que se plantean cuando se produce la ruptura de la pareja y una de las partes se ha visto favorecida en dicha relación en el sentido de que durante el tiempo de convivencia ha podido desempeñar su actividad laboral y su evolución en su empleo o su profesión y en cambio la otra parte de la pareja no ha tenido esta oportunidad por su dedicación al cuidado del hogar familiar y al crecimiento de los hijos habidos en la pareja. Este desequilibrio generado en la relación debe en justicia ser corregido y por ello nos encontramos en este punto. ¿Qué formas hay para conseguir lograr que se equiparen ambas posiciones? Pues el camino vendría en buscar soluciones que pasaran por otorgar una indemnización a la parte más perjudicada en la relación o bien concederle una compensación que equipare la balanza.

Si se opta por asignar una indemnización, estaremos reconociendo que ha existido un daño o un perjuicio en la parte a la que se le asigna y por ello debe ser resarcida. Se trataría en este ámbito de la aplicación del artículo 1902 del Código Civil donde quien provoca un daño a otra persona está en la obligación de reparar el daño causado con el otorgamiento de una indemnización que corrija el daño económico o moral causado. No obstante, esta opción no parece ser muy oportuna, ya que es bastante difícil apreciar que por el hecho de la convivencia y de la posterior ruptura, se haya podido

ocasionar un daño a la otra parte de la relación.¹⁹⁰

Por ello, a mi parecer creo que es más acertada la opción de la compensación en caso de ruptura, puesto que en dicho supuesto lo que se trata es de paliar el exceso o la desproporción que se haya podido ocasionar cuando se rompe la pareja y uno de los convivientes por su actividad laboral y su puesto en el mundo laboral podrá desenvolverse fácilmente y en cambio el otro

¹⁹⁰ En este punto es de destacar la STS de 16 de diciembre de 1996, donde se regula un caso de resarcimiento en una pareja de hecho en la hubo una promesa de matrimonio, basado en la falta de previsión de los convivientes de sus derechos y deberes recíprocos, sobre todo en el caso de ruptura de la pareja.

conviviente que no tuvo la oportunidad de dedicarse al desarrollo de su carrera profesional, se encuentra de forma imprevista con la necesidad de encontrar un medio de vida que le permita subsistir por sí solo, al no tener ya la ayuda del otro miembro que aportaba los ingresos a la pareja; y por todo ello, será justo y necesario el establecer una determinada cantidad de dinero para precisamente compensar dicho desequilibrio patrimonial y económico que se genera con la ruptura de la pareja y que le compense por el desamparo económico que a partir de ese difícil momento le va a devenir.

Podría verse aquí una cierta semejanza con el establecimiento de la pensión compensatoria en el matrimonio, donde de igual forma para que sea adjudicada por el juez, deberá apreciar que ha existido un desequilibrio económico provocado cuando se produce la ruptura de la pareja. No obstante, se tratarían de cuestiones diferentes, aunque con igual filosofía, puesto que la compensación en las parejas de hecho supone el reconocimiento de una cantidad en dinero, bienes o derechos por el desequilibrio ocasionado con la ruptura de la pareja y en el caso del matrimonio lo que se trata es den que mediante el reconocimiento durante un determinado tiempo, salvo casos más graves con carácter vitalicio, de una pensión compensatoria para compensar dicho desequilibrio, la parte más desfavorecida con la separación o el divorcio pueda rehacer su vida y conseguir un empleo que le genere los ingresos

suficientes para mantenerse por sí misma.

5.5.6.- INDEMNIZACIÓN: PRINCIPIO DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.

En la ya mencionada sentencia del TS de 17 de junio de 2003,¹⁹¹ se afirma «La situación de enriquecimiento injusto tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa (base) que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido (*"in quantum locupletiores sunt"*). El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no solo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio (*"damnúm. cessans"*). El empobrecimiento no tiene porqué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de "razón" o "base" suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa –como sostiene un importante sector doctrinal– que un

concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando en favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado de justicia insoslayable».

¹⁹¹ RJ 2003, 4605

En todos los casos de rupturas hay tres elementos que existen también cuando se trata de uniones de hecho y que son: a) la cesación de la convivencia; b) el posible perjuicio que esta cesación produce en una de las partes de la relación, ya sea matrimonial o no matrimonial, y c) la comparación de la situación resultante con la existente durante el matrimonio o la convivencia de hecho. Sólo cuando se den estas circunstancias podrá acordarse la compensación.

Estos requerimientos no deben confundirse con los que el TS ha exigido reiteradamente como requisitos del enriquecimiento injustificado, que se han manifestado en diversas sentencias y que, como ejemplo decisivo en su aplicación a la ruptura de las relaciones de hecho, se repiten y analizan de forma muy exacta en la sentencia de 11 de diciembre de 1992 y que debemos recordar aquí: a) aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento, y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de tal principio. (RJ 1992, 9733)

Los requisitos del enriquecimiento, pues, difieren substancialmente de los que el Código civil exige en los artículos 97 y 1438 para que pueda operar la compensación. Y aunque no negamos que puedan existir casos en los que la

convivencia haya producido un enriquecimiento que pueda calificarse de injustificado, pensamos que no deben confundirse los dos institutos: a) la compensación por el perjuicio que la ruptura produce en una de las partes de la unión, se refiere sólo a la comparación entre la situación mantenida durante la convivencia y la que produce la ruptura misma; no supone aumentos patrimoniales y puede concurrir, por ejemplo, entre otros, en los casos de pérdida de costos de oportunidad. Concurriendo estos requisitos, podría aplicarse a la ruptura de la pareja de hecho por analogía con el régimen previsto para la ruptura del matrimonio en el artículo 97 Código Civil; b) En cambio, el enriquecimiento injustificado supone un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro y puede llegar a producirse si concurren los requisitos que esta Sala ha exigido de forma uniforme y reiterada en numerosa jurisprudencia, de manera que sólo si concurren estas exigencias podrá acordarse la indemnización por este título.

En cuanto a tratar la cuestión como un enriquecimiento injusto producido en las parejas de hecho, ya la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencia de 6 de octubre de 2006, lo entendió así al estimar la demanda de la actora en solicitud de una cantidad por enriquecimiento injusto del demandado durante la convivencia con ésta, ya que debe partirse del criterio que nadie puede enriquecerse injustificadamente a costa de otro creándose, en caso de haber llegado a producirse así aquel beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de él, ha enriquecido el suyo y no cabe remedio reparador preferente, por lo que, la acción restauradora basada en la producción de aquel efecto sería subsidiaria de esta otra primaria y habrá de sustentarse en la realidad de los dos presupuestos esenciales ya enunciados –enriquecimiento a causa de un empobrecimiento, en la falta de causa que lo justifique y en la inexistencia de precepto legal que lo imponga-.¹⁹²

El enriquecimiento se produce tanto cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, como cuando existe una disminución del patrimonio. Este empobrecimiento no quiere decir que sea solo por la pérdida de un patrimonio económico, sino también puede producirse por la pérdida de las expectativas laborales o de progresión profesional o por el abandono de la actividad en beneficio propio por la

dedicación en beneficio de otro.

El Tribunal Supremo en sentencia de 6 de octubre de 2006, estima la demanda por la que se declara el enriquecimiento injusto por parte de la mujer en la pareja por su dedicación en beneficio del otro.

¹⁹² Esa concepción, que solo exige una correlación entre dicho empobrecimiento y enriquecimiento, puede tener cabida tanto en el supuesto de una relación directa entre ambos interesados o a través de una atribución patrimonial indirecta desde la situación patrimonial de un tercero, siempre que los demás requisitos, incluido el de la subsidiariedad de la medida reparadora, concurren en el supuesto (Sentencia TS de 12 de junio de 2000).

No existe en principio una regulación legal sobre la figura del enriquecimiento sin causa en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia la sustenta en el principio general del derecho de que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro creándose, en caso de haber llegado a producirse así aquel beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de él, ha enriquecido el suyo y no cabe remedio reparador preferente, por lo que la acción restauradora basada en la producción de aquel efecto sería subsidiaria de esta otra primera y habrá de sustentarse en la realidad de un enriquecimiento a causa de un empobrecimiento.

Como ya he mencionado decía MESA MARRERO, la doctrina del enriquecimiento injusto tendría posibilidades de admitirse cuando uno de los convivientes se haya aprovechado de los servicios o del trabajo realizado gratuitamente por el otro, en detrimento de éste último.

A propósito de la doctrina del enriquecimiento injusto, que tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido. El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce,

no solo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio. El empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir también la pérdida de expectativas y el abandono de una actividad productora de un beneficio propio por la dedicación a menesteres que sólo o predominantemente produzcan beneficio a otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de «razón» o de «base» suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa -como sostiene un importante sector doctrinal- que un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando en favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado de justicia insoslayable. La comunidad de vida, aisladamente considerada, no constituye, como regla, justificación bastante de un desequilibrio patrimonial.

En esta misma línea nuestro alto tribunal, en un caso práctico resumiendo las soluciones dadas a estas situaciones en su jurisprudencia anterior, tiene que resolver sobre una demanda en la que se pide por la actora de forma escalonada y subsidiaria que se declare que entre la integrantes de la pareja ha existido una comunidad de bienes regulada en el artículo 392 y ss. del Código Civil, o un régimen de participación regulado en el artículo 1411 a 1434 del CC, o en su defecto una sociedad civil universal de ganancias prevista en los artículos 1666 y ss. de la norma civil, o por último se declare la existencia de una sociedad de gananciales al amparo de los artículos 1344 y ss. del Código Civil, debiendo en todo caso y una vez determinado el régimen concreto de la pareja se proceda a la disolución y liquidación de la misma, asignando a cada parte la mitad del valor de los bienes que han conseguido a lo largo de su convivencia.

Declara la Sala que «dicha convivencia, entendida como una relación a

semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos, que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto pensar en un complejo orgánico normativo -hoy por hoy inexistente- sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica». Así pues resuelve la cuestión, que en primera instancia había sido desestimada a favor del varón y en contra de la mujer demandante, mediante la figura del enriquecimiento sin causa o injusto que ha sufrido el varón en perjuicio de la mujer durante los años de convivencia y que ha supuesto que todos los bienes constaran a nombre del varón por ser él quien tuvo una actividad laboral que reportase ingresos a la pareja. La indemnización que se concede a la mujer será del tercio del valor de los bienes y no de la mitad para no reconocer una comunidad de bienes a partes iguales.¹⁹³

POUS DE LA FLOR afirma que como consecuencias patrimoniales de las parejas en su ruptura, no se puede acudir a la aplicación analógica de las normas del matrimonio para resolver las mismas. Así lo sostiene junto con el razonamiento esgrimido en la sentencia del TS de 23 de noviembre de 2004, donde se establece que en defecto de ley o costumbre, se aplicarán los principios generales del derecho, y por tanto no la analogía iuris del régimen económico matrimonial. Asimismo afirma que se debe garantizar el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Por tanto los pactos a los que hayan podido llegar. Como requisitos formales para la validación de los mismos lo conveniente es formalizarlo en escritura pública. Por último POUS se suma a las tesis del enriquecimiento injusto para explicar y resolver la problemática en estas situaciones de ruptura convivencial.¹⁹⁴

En materia del enriquecimiento sin causa, podemos señalar dos pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, recaídos con ocasión de dos casos de convivencia «more uxorio» acabada, en uno de ellos por voluntad unilateral, y en otro por fallecimiento, y que dieron lugar a una

compensación económica del conviviente.¹⁹⁵

¹⁹³ Así la STS num. 5/2003 (Sala de lo Civil), de 17 de enero. RJA 2003/4

¹⁹⁴ POUS DE LA FLOR, M. PAZ., profesora de Derecho Civil por la UNED. Revista crítica de Derecho Inmobiliario, nº 712.

¹⁹⁵ STS, Sala 1ª, núm. 5/2003, de 17 de enero y STS, Sala 1ª, núm. 1107/2004, de 23 de noviembre

En la STS 5/2003 de 17 de enero, se razona que: «.. en los fundamentos de derecho se alega, una y otra vez, la existencia y la normativa de varias de las instituciones jurídicas de comunidad aunque también se hace una referencia al enriquecimiento injusto (en estos términos: "pues bien, cualquiera que sea la postura doctrina que se admita, lo cierto es que es innegable que ha existido una puesta en común de esfuerzo económico y de ganancias, y que no puede pretenderse que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de uno sólo de los miembros de la unión paramatrimonial, con aprovechamiento del trabajo y los esfuerzos del otro".) y en el suplico se reclama la mitad del valor del patrimonio adquirido, constante la convivencia (que se relaciona, como hecho probado, en la sentencia de instancia).

Como viene precisando la doctrina jurisprudencial (SSTS entre otras de fechas 12 de julio de 2000 o la de 6 de octubre de 2006) a falta de una regulación general de la figura del enriquecimiento sin causa en nuestro ordenamiento jurídico, la misma se viene a sustentar en el principio general del derecho de que nadie puede enriquecerse injustificadamente a costa de otro creándose, en caso de haber llegado a producirse así aquel beneficio, la obligación de restituir o reparar el patrimonio empobrecido por quien, a costa de él, ha enriquecido el suyo y no cabe remedio reparador preferente, por lo que la acción restauradora basada en la producción de aquel efecto sería subsidiaria de esta otra primaria y habrá de sustentarse en la realidad de los dos

presupuestos esenciales ya enunciados, a) enriquecimiento a causa de un correlativo empobrecimiento, b) la falta de causa que lo justifique y c) la inexistencia de precepto legal que lo imponga, prescindiéndose, en la apreciación de su producción, de todo lo que no sea la realidad del enriquecimiento y su justificante, esto es se prescinde de toda idea de culpa o maquinación originadoras, quedándose en aquel efecto, cualquiera que sea su origen, carente siempre de causa justificativa.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Conviene recordar la línea jurisprudencial que recoge la sentencia de 10 de marzo de 1998 (RJ1998/1272) al decir: "Se trata de una situación que, como se ha apuntado, es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el Ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del CC y matiza el apartado 4 del mismo artículo. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia more uxorio; así, la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 de diciembre de 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales, de normas de Derecho privado, y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos urbanos, de las sentencias del Tribunal Constitucional y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado".

No se aprecia en la anterior sentencia de 2003 (5/2003), la existencia de una comunidad, sino que se otorga a la demandante -la mujer, perjudicada en este caso- la indemnización correspondiente a la ruptura de la convivencia, evitando así el perjuicio injusto o sin causa que ha sufrido. Lo cual se relaciona con la institución, que es expresión de un principio general del Derecho, del enriquecimiento injusto. La Sala ha entendido que no es cambio de causa petendi que daría lugar a incongruencia, la variación del punto de vista jurídico cuando se parte de los mismos hechos y se respeta el suplico, aunque se acuda a la institución del enriquecimiento injusto. En este caso, procede otorgar como compensación el valor del tercio de los bienes relacionados como

patrimonio adquirido vigente la convivencia: no es la mitad puesto que no se ha aceptado la existencia de una comunidad. Cuyo valor será el del momento en que se proceda a la definitiva liquidación y adjudicación a la demandante.

Y en la STS 2004 de 23 de noviembre se desprende que en el caso analizado por la sentencia, no se estima necesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (artículo 393, segundo párrafo), 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 (ni tampoco es ésta la solución que han dado las leyes de las Comunidades Autónomas que se han dictado sobre este tema) y presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer. Lo cual no significa llegar al absurdo de entender que una de las partes deba quedar desprotegida, sino que se evita el perjuicio injusto que sufriría, acudiendo a soluciones jurídicas que, si no están expresamente recogidas en el Derecho positivo, derivan de los principios generales. La compensación a conceder, no puede ser la de la mitad de los bienes del hombre, que se solicitó, puesto que no se acepta la tesis de la existencia de la comunidad de bienes, en sí o asimilada a la de gananciales, sino en el tercio de los bienes existentes a nombre del mismo al finalizar la unión por su óbito. Su valor será el que corresponda al momento de la definitiva liquidación y adjudicación. Pero en tales casos se había evidenciado una situación de comunidad no sólo personal sino también de índole patrimonial aquí inexistente.

En suma hemos de señalar que la teoría del enriquecimiento injusto es la medida legal que se ha impuesto de forma prioritaria por los Tribunales, desde que la STS de 12 de septiembre de 2005 la estableciera como la forma jurídica preferente de aplicación.

Legislaciones como la Ley 5/2003, de 20 de marzo de Extremadura sobre Parejas de Hecho establece la posibilidad de reclamar el conviviente perjudicado por desigualdad patrimonial en una ruptura, una indemnización por enriquecimiento injusto al otro, cuando ha trabajado en el hogar común o para el otro conviviente.

A pesar de esto, no faltan críticas a estas soluciones como la de CRESPO MORA al entender en defecto de pacto entre los convivientes deba aplicarse tales figuras jurídicas.

5.5.4.- ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA

Se nos plantea en este punto determinar a cuál de los convivientes se le va a adjudicar la vivienda que ha sido su hogar familiar por ser donde han desarrollado su vida de pareja. En esta atribución deberá tenerse en cuenta cuestiones como la de la necesidad de dicha vivienda bien por la existencia de hijos o sin estos. La adjudicación de la vivienda se tendrá en cuenta sin perjuicio de la propiedad de la misma, bien sea de uno solo de los convivientes o de ambos.

De la misma forma que en la problemática expuesta en el anterior punto, por la falta de regulación normativa de las parejas de hecho, cuando se presenta un supuesto de hecho que hay que resolver, los Tribunales han tenido que acudir o bien a la normativa que hayan legislado las comunidades autónomas o a la aplicación analógica de la normativa recogida sobre esta cuestión en el Código Civil para los casos de rupturas matrimoniales.¹⁹⁷

La mera convivencia extramatrimonial con el titular dominical de un bien no otorga al conviviente no titular, una vez que se produce el cese convivencial, título alguno para continuar poseyendo ese bien.

¹⁹⁷ Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 enero 1995 [RJ La figura del precario, que aparece, según la mayoritaria doctrina científica, encuadrada en el artículo 1750 del Código Civil (Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad) y a la que alude el artículo 1565 número 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se refiere exclusivamente a la graciosa concesión al detentador y a su ruego del uso de una cosa mientras lo permita el dueño concedente, en el sentido que a la institución le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostenta el actor.1995\413]; 30 octubre 1986 [RJ 1986\6017] y 13 febrero 1958 [RJ 1958\593].

Pasando a disfrutar de una tenencia en precario contra la cual puede, el titular dominical o los que traigan causa de él, promover el oportuno juicio de desahucio. Y sin que, frente a ello, pueda oponerse la inidoneidad de este especial y sumario juicio, dada la complejidad de las relaciones que deban ser solventadas en un proceso declarativo ordinario. Ya que, de por sí, la convivencia de hecho no genera ningún derecho con facultad de usar y disfrutar de los bienes del otro conviviente al cesar la convivencia. Ello ninguna complejidad entraña, es de una sencillez absoluta, sin que se requiera el acudir a un lento juicio declarativo para descubrir semejante conclusión, ya reiterada hasta la saciedad por la reciente jurisprudencia. Lo contrario constituiría un flagrante atentado al más elemental principio de la economía procesal, proscribiendo el juicio de desahucio ante determinadas situaciones en base a criterios extrajurídicos.

Cuestión distinta de la planteada en el recurso de apelación sería la invocación, por la conviviente detentadora que no figura como titular dominical del bien del que se le pretende desahuciar, de un título que legitimara su posesión (no de la simple y mera convivencia extramatrimonial). Título, que desde luego, no puede ser el derecho a la percepción de una indemnización a abonar por el otro conviviente o por sus herederos, pero sí la de ser copropietaria de ese bien adquirido durante la convivencia extramatrimonial en

virtud de la existencia de una sociedad universal entre convivientes (arts. 1665, 1672, 1673, 1674 y 1675 del CC) o de una comunidad de bienes entre compañeros (arts. 392 a 406 del CC), bien directamente o bien a través de la existencia de una sociedad civil irregular o de hecho (art. 1669 del CC). Pero, en estos casos, lo determinante ya no es la convivencia extramatrimonial, sino su título de copropietario que le faculta para poseer, título que, en un juicio de desahucio, puede oponer cualquier persona demandada aunque no sea un conviviente extramatrimonial, debiendo dársele un tratamiento unitario a todos estos supuestos con independencia de ser el demandado un conviviente extramatrimonial.

El Tribunal Supremo en Sentencia nº 320/2014 de 16 de junio ¹⁹⁸, atiende a un caso de asignación de la vivienda familiar a un menor por ser el interés digno de protección y no el de uno u otro cónyuge o conviviente de la relación. Y ello porque como dice el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación distinta de este criterio implicaría la vulneración de determinados derechos fundamentales que la Constitución de 1978 incorporó al ordenamiento jurídico español¹⁹⁹ y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor, habiendo señalado la Sala como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC".

Para PANIZA PULLANA cuando se trata de analizar la problemática que se desprende del artículo 96 del Código civil en casos de ruptura matrimonial por lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar, debe tenerse en cuenta porque las situaciones serán distintas si existen hijos menores de edad, a que no los haya.²⁰⁰

¹⁹⁸ RJ 2014/3073

¹⁹⁹ Así arts. 14 y 39 CE (RCL 1978, 2836)

²⁰⁰ PANIZA PULLANA A. Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil. Universidad de las Illes Balears. Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de las Illes Balears. Atribución del uso de la vivienda familiar «versus» derecho de propiedad BIB 2014\87. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 9/2014 parte Comentario. *Edi.l Aranzadi*, S.A.U., Cizur Menor. 2014.

Siguiendo a PÉREZ CONESA, atendiendo a la doctrina jurisprudencial, el derecho de uso no es más que una limitación a la facultad de disponer del propietario que su titular puede oponer frente a terceros. Cita esta autora las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1994 (RJ 1994, 6439) y de 28 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3040) que declaran procedente la acción de división sobre la vivienda familiar común sin que ello afecte a la subsistencia de la medida judicial sobre el uso de la misma, derecho que queda garantizado mientras persistan los requisitos del artículo 96 CC. ²⁰¹

El Tribunal Constitucional (Sala Primera) mediante Auto núm. 321/1996 de 8 noviembre,²⁰² estudia un caso del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales de justicia en un proceso de desahucio por precario de una unión de hecho. En el recurso presentado se impugna la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que confirmó en apelación un desahucio por precario en un supuesto de unión de hecho, y se alegan tres motivos para el otorgamiento del amparo. La demandante de amparo considera que la aplicación del desahucio por precario a supuestos como el suyo de uniones de hecho, en los que se plantea una "cuestión compleja" relativa al posible título para ocupar la vivienda derivado de la convivencia more uxorio, supone, en primer lugar, una vulneración de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE), debido a la limitación de medios de defensa inherente a esta clase de juicios sumarios, y, en segundo lugar, una

discriminación por razón del estado civil contraria al art. 14 CE, porque tal desahucio no se aplicaría a las uniones matrimoniales.

²⁰¹ PÉREZ CONESA, C.: División de la copropiedad y el derecho de uso sobre vivienda familiar. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2012 en «Aranzadi Civil-Mercantil», número 3/2012. (BIB 2012, 917).

²⁰² RTC 1996\321

Y como otras Audiencias Provinciales descartan el desahucio por precario en casos análogos al suyo, considera, por último, que la sentencia impugnada ha vulnerado también el principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE).

Se plantea por la recurrente un problema de posible discriminación entre uniones matrimoniales y de hecho en relación con la aplicación del juicio de desahucio por precario. Lo primero que hay que advertir a este respecto es que tal discriminación, caso de existir, no se encontraría desde luego en la ley, que se limita a prever en el art. 1565.3.º LEC la procedencia del desahucio en situaciones de precario, sin hacer distinción alguna por la condición personal del precarista, por lo que hay que entender que la queja se refiere a una posible discriminación en la aplicación de la Ley.

En relación con las exigencias derivadas del art. 14 CE en el tratamiento de las uniones de hecho, el TC ha declarado que "el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible por ello que el legislador dentro de su amplia libertad de decisión deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida", aunque ello no significa que "toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la CE garantiza en su art. 14" ²⁰³. En el

caso presente, al no tratarse de un caso de desigualdad en la ley, sino en la aplicación de la ley, la perspectiva ha de ser un tanto diferente.

En primer lugar, por la recurrente no se aporta ninguna referencia comparativa concreta de la que pueda derivarse la desigualdad en la aplicación de la ley que alega, esto es, alguna decisión anterior de la propia Audiencia que hubiera rechazado el desahucio por precario en un supuesto análogo al suyo con

²⁰³ STC 184/1990 (RTC 1990\184)

la sola diferencia de tratarse de unión matrimonial y no de hecho. La Audiencia Provincial toma una decisión muy ajustada a las circunstancias del caso concreto, y no basadas en la simple existencia de una unión de hecho.

Esto es, el TC admite, en principio, la posibilidad de aplicación analógica del régimen de las uniones conyugales a las no matrimoniales, y, por tanto, de equiparar el trato entre ambas a los efectos aquí implicados, aunque lo acabe descartando a la vista de las circunstancias del caso.

Según doctrina reiterada del TC, el principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) a lo que se opone es a que un mismo órgano judicial cambie de criterio de manera inmotivada o inadvertida en la resolución de supuestos sustancialmente iguales, pero tal principio no es aplicable cuando las decisiones contradictorias entre sí proceden como en este caso de órganos judiciales distintos.²⁰⁴

Por todo ello, afirma el TC que la demanda carece de contenido constitucional que justifique una decisión por su parte en forma de sentencia, por lo que concurre el motivo de inadmisión previsto en el art. 50.1 c) LOTC.

Como afirma PÉREZ CONESA: «Puesto que el uso de la vivienda termina con la reclamación del tercero y dado que su atribución se tiene en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos a los hijos y de la pensión compensatoria (apartado cuarto del art. 96 CC), es razonable que tales

prestaciones se modifiquen para que se adecuen a la nueva situación». ²⁰⁵

²⁰⁴ SSTC 146/1990 [RTC 1990\146], 134/1991 [RTC 1991\134] y 119/1994 [RTC 1994\119]

²⁰⁵ PÉREZ CONESA, C.: Análisis crítico de las reformas del Código civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio en «Aranzadi Civil-Mercantil», número 8/2013. (BIB 2013, 2402).

En esta materia los orígenes de las cuestiones planteadas en los tribunales de justicia, los vamos encontrando por ejemplo en una sentencia del TS de 16 de diciembre de 1996 donde por parte del Alto Tribunal se accede a adjudicar el uso de la vivienda familiar a uno de los convivientes al producirse la ruptura de la pareja.

No obstante, cuando se trata de la atribución del uso de la vivienda familiar y en los supuestos en que de la convivencia haya habido hijos, se ha venido admitiendo de modo pacífico, la aplicación analógica del artículo 96 del Código Civil o la aplicación directa del interés más necesitado de protección de los hijos y ello en atención al principio de rango constitucional de igualdad de todos los hijos ante la Ley en virtud del artículo 14 de la Constitución.

Es más, incluso en los casos en que de la relación «more uxorio» no existan hijos menores, se sigue hoy la orientación doctrinal, iniciada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 ²⁰⁶ de estimar que las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso.

En otro momento el artículo 96.3 del Código Civil permitía ser integrado con el artículo 4.1; línea que siguió la ya citada Sentencia del Supremo de 10

de marzo de 1998 que incluso entendía procedente en estos casos, prescindiendo de la analogía, el recurso a los principios generales del derecho, como fuente formal del ordenamiento jurídico (artículo 1.1 del Código Civil) y en particular la atención al de protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho, principio que deriva de normas constitucionales.

²⁰⁶ BOE» núm. 246, de 14 de octubre de 2005, páginas 50 a 53

Cuestión de la analogía resuelta por el Tribunal Supremo mediante su Sentencia de 12 de septiembre de 2005,²⁰⁷ donde estableció el criterio de la no aplicación de la analogía en estos casos de la posible aplicación del párrafo 3 del artículo 96 del Código Civil que como sabemos regula la posibilidad de que cuando no hay hijos en un matrimonio, se asigne el uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge no titular en función del principio del interés más necesitado de protección.

No ha sido solo ésta resolución judicial la que ha tratado esta materia en estos parámetros, sino que también tenemos otras sentencias como la de 27 de marzo de 2001²⁰⁸ donde el criterio que se adopta es el de la indemnización por la imposibilidad culpable del cumplimiento *in natura*. Se resuelve en dicha sentencia según la aplicación analógica del artículo 96 del CC, no retomando el recurso al principio de protección al conviviente perjudicado y sustituye el derecho a usar un bien que ya no se encuentra en el patrimonio del titular, por una cantidad económica igual al alquiler de una vivienda similar

Dispone el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en Sentencia núm. 701/2004 de 7 julio ²⁰⁹ que al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el motivo segundo denuncia aplicación indebida del art. 96 del Código Civil y su jurisprudencia interpretativa.

²⁰⁷ EDJ 2001/5525

²⁰⁸ RJ 1996/9020

²⁰⁹ RJ 2004\5108

Para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, al comentar la sentencia del TS de 6 de octubre de 2011²¹⁰, en la atribución del uso de la vivienda al conviviente no propietario, se produce la aparición de la figura del precario. Cuando no existe descendencia en la pareja no se puede recurrir a la aplicación analógica del artículo 96.1 del Código Civil. Tan solo en los casos en los que existan hijos comunes de la pareja, se aplicaría lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 96 del CC, que dispone que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Aunque dice Cerdeira que más bien se trataría de una aplicación directa de la norma que de analogía y ello porque no se puede permitir una discriminación por filiación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y debe prevalecer la igualdad de trato en materia de menores.

En relación con la atribución del uso de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia «more uxorio» y ante la falta de una regulación legal de estas uniones, dice la sentencia del TS de 10 de marzo de 1998 ²¹¹ que «es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el art. 1.1 del Código Civil y matiza el apartado cuarto del mismo artículo y añade "y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho". Si esto es así con relación al conviviente, con mayor razón ha de aplicarse este principio general cuando se trata de la protección de los intereses de los hijos menores de edad». En este caso se produce una aplicación analógica del artículo 96 del CC.

²¹⁰ Sección 1ª Sala de lo Civil TS, Sentencia nº 690/2011 de 6 de octubre. RJ 2011/6708. PRECARIO: existencia. Ocupación de vivienda propiedad de su expareja por conviviente de hecho tras la ruptura de la unión estable: inexistencia de norma legal común que legitime la continuidad en su uso. Parejas de hecho estables: inaplicabilidad de las norma del matrimonio a la pareja por analogía legis.

²¹¹ RJ 1998, 1272.

Podemos decir que en este punto el TS recurre a la técnica de la analogía legis, resolviendo la cuestión de la atribución del uso de la vivienda familiar al conviviente no titular, por medio de la aplicación analógica del artículo 96 del CC. Así mantiene el fallo de la sentencia de instancia por la que se atribuyó el uso de la vivienda durante dos años al conviviente que, sin ser el titular dominical, presentaba la cuestión en los siguientes términos: “la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. De aquí, que las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código Civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquellas valen también en este último caso. Así el artículo 96 del CC, párrafo tercero, permite, integrado por el artículo 4.1, una solución como la adoptada por las sentencias de instancia”.

En base a todo ello, podemos afirmar que las normas sobre regímenes económicos matrimoniales no se pueden aplicar analógicamente a las uniones de hecho, no obstante, como la vivienda familiar es más importante y trascendente para el sujeto, el artículo 96 del CC, que regula la adjudicación de su uso después de rota la unión matrimonial, también puede aplicarse analógicamente a las rupturas de las uniones de hecho con hijos comunes.

El artículo 96 del CC contiene unos criterios para atribuir el uso de la

vivienda familiar en ausencia de pacto, que se articulan sobre dos principios.

El primero de éstos y preferente es el favor filii, en tanto que se atribuye el uso de la vivienda al cónyuge que conviva con los hijos comunes.

El segundo de los principios es el de protección del cónyuge que presente un interés más digno de protección, a falta de hijos, y un interés que solo puede ser atendido en las rupturas matrimoniales y no en las convivencias fácticas. Ésta es una medida temporal y expresamente se refiere el Código Civil a un tiempo prudencial.²¹²

Para TENA PIAZUELO tras la ruptura de una pareja en la que existen hijos menores es posible que, cuando concurren ciertas circunstancias, se modifiquen las medidas aprobadas judicialmente. Así, entre otras posibilidades, cabe sustituir el uso de la vivienda familiar que se hubiera atribuido inicialmente por el de otra que no tenga actualmente este carácter, siempre y cuando quede a salvo el interés superior de los hijos.²¹³

En otra sentencia el TS trata del problema de la adjudicación de la vivienda familiar y es en la dictada el 10 de marzo de 1998.²¹⁴

²¹² CERVILLA GARZÓN M^a DOLORES. *La atribución del uso de la vivienda en las uniones de hecho*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S. A. pp. 135 y ss.

²¹³ TENA PIAZUELO Isaac. "Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia". BIB 2016\4027. Trabajo realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación «Análisis de las fronteras de la autonomía privada en el Derecho civil» (DER2014-52252-P), Dra. PARRA LUCÁN (IP). Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num. 101/2016 parte Sentencias. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2016.

²¹⁴ RJ 1998/1272 (Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz). En ella se resuelve mediante la aplicación del principio general de protección al conviviente más perjudicado en la ruptura de la relación, lo que supone la aplicación de la técnica de la *analogía iuris*. En esta sentencia el TS rechaza la aplicación analógica del artículo 96 del CC para justificar la atribución del uso de la vivienda. El razonamiento que esgrime la Sala en dicha sentencia es el siguiente: "Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al

conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de las normas constitucionales (artículo 10, principio de dignidad de la persona; artículo 14, principio de igualdad; artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil (el propio artículo 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, (donde en su artículo 16.1.b) se reconoce expresamente la protección al conviviente), de las sentencias del Tribunal Constitucional y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derecho al cónyuge perjudicado”.

5.5.5- POR MUERTE DE UNO DE LOS CONVIVIENTES.

A.- LAS PAREJAS DE HECHO EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA.

a) En sucesión testamentaria.

La jurisprudencia en esta cuestión empezó a resolver las cuestiones planteadas, ya en sentencias como la de 13 de junio de 1986 donde el Alto Tribunal admitió de forma indirecta la validez de un legado de usufructo que se efectuó en vida al otro conviviente, en contra con el petitum de la demanda de la anterior esposa del causante de que no se le reconociera dicha validez. También la sentencia de 18 de noviembre de 1994 atribuye eficacia y validez a las donaciones y disposiciones testamentarias hechas por el causante en favor de su conviviente. Con ello se palia la situación de dificultad que se le plantea al conviviente que queda en vida. Tan solo en esta ocasión se salva la legítima de los herederos forzosos del fallecido y se obliga a la conviviente supérstite a traer a colación todos aquellos bienes que excedan de las disposiciones testamentarias respecto de los derechos de los herederos del finado pero no se concede la petición de éstos de declarar nulas las donaciones realizadas en vida por el difunto a su pareja, pretendiendo adjudicarles el calificativo de inoficiosa y contrarias a la moral.

Por su parte el Tribunal Constitucional aunque no ha realizado un pronunciamiento expreso sobre la materia, en cambio sí ha dictado resoluciones que se puede entender que van en la línea de establecer criterios reguladores sobre la materia. En esta idea ha incidido el Tribunal Constitucional en todas las sentencias en la que ha reconocido al conviviente la llamada

subrogación mortis causa en caso de fallecimiento del arrendatario con el que mantenía una convivencia more uxorio, bajo el régimen de la derogada Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, así, son ejemplo de ello sentencias como la 222/1992, de 11 de diciembre; la de 6/1994, de 18 de enero; o la 47/1993, de 8 de febrero. Dicho reconocimiento se basaba en reconocer el derecho constitucional a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE y en el principio de protección social, económica y jurídica de la familia. Por ello, ante la declaración de inconstitucionalidad del artículo 58 de la LAU de 1964 por su reconocimiento a la subrogación en el contrato de arrendamiento al cónyuge pero sin incluir a los convivientes de hecho. Así pues probada la existencia de una relación de hecho estable y con carácter duradero, en estos casos se reconoce la subrogación al otro integrante de la pareja de hecho, cuando el conviviente arrendatario fallece.

Se plantea la cuestión de si en los testamentos puede ser testigo un miembro de la pareja de hecho. En este aspecto, para ESPADA MALLORQUÍN²¹⁵ no puede serlo por aplicación por analogía ex artículo 682 CC que lo prohíbe para los cónyuges. No obstante, el TS en Sentencia de 19 de octubre de 2016 ²¹⁶ lo permite, entendiendo que no cabe una interpretación extensiva de los requisitos formales en el testamento abierto, en relación con la idoneidad de la pareja sentimental de la instituida heredera para ser testigo instrumental. En primer lugar, porque el legislador no se ha pronunciado de un modo concluyente acerca de la equiparación general de las parejas de hecho a los matrimonios a todos los efectos o consecuencias jurídicas que pudieran derivarse, sino de modo particularizado según los ámbitos de incidencia en los que ha considerado oportuno proceder a dicha equiparación. En materia de testamentos, la última reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, no afectó al régimen de inidoneidad de testigos del artículo 682 CC.

En segundo lugar, conforme a la doctrina jurisprudencial de la Sala, resulta de aplicación el principio de *favor testamenti*. Así, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por los testadores frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, solo por necesidades de

seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria.

²¹⁵ ESPADA MALLORQUIN S. El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España ISSN 0718-0233, Nº. 12, 2009, pp. 9-68 Dialnet.

²¹⁶ CGPJ: ROJ: STS 4525/2016 - ECLI: ES:TS:2016: 4525; Id Cendoj: 28079119912016100026

En materia de pensión de viudedad, en el estudio realizado por VILLAR CAÑADA, en cuanto al derecho a una pensión de viudedad en los miembros de una pareja de hecho, se puede acceder al mismo, desde que la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social,²¹⁷ incorporase al ámbito subjetivo de esta pensión a quienes tienen una relación de afectividad análoga a la conyugal y cumplen con los requisitos legalmente establecidos ²¹⁸

Con esta aprobación se produce una radical modificación legislativa en materia de Seguridad Social que para el nacimiento del derecho a la pensión venía exigiendo, además de los requisitos generales de afiliación, alta y carencia, la existencia de vínculo matrimonial en el momento del fallecimiento del sujeto causante. Pues bien, la Ley 40/2007 vino a dar respuesta a las demandas derivadas de las nuevas realidades sociales y de la evolución producida en las formas de convivencia en pareja. Y así pues, se extiende también el ámbito subjetivo de la protección por viudedad a los miembros sobrevivientes de parejas de hecho, al tiempo que acota el concepto concreto de la unión de hecho a la que va a extenderse la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social en este ámbito.²¹⁹

Para GONZALEZ GONZALEZ, a pesar a la reforma operada en el régimen jurídico de la pensión de viudedad por la Ley 40/2007 de Medidas en materia de Seguridad Social, la misma sigue generando un elevado número de cuestiones litigiosas ante la jurisdicción social.²²⁰

²¹⁷ RCL 2007, 2208

²¹⁸ VILLAR CAÑADA Isabel María. Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de

la Seguridad Social. Universidad de Jaén. Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 9/2010

²¹⁹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

²²⁰ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad». Aranzadi Social, n 4. 2009. (BIB 2009, 652)

Y una gran parte de estos conflictos tiene como objeto lo que constituyó una de las principales modificaciones introducidas en 2007, cual fue la extensión del ámbito subjetivo de protección por viudedad a un colectivo tradicionalmente excluido de nuestro Sistema de Seguridad Social: los miembros de las parejas de hecho. A nivel estatal no existe hasta ahora una ley de parejas de hecho que regule de forma específica estas relaciones, a pesar de lo cual no ha sido obstáculo para que las Comunidades Autónomas hayan legislado sobre la materia dictando cada una su propia ley de parejas de hecho. Aunque en la composición general todas coinciden en sus directrices, cada una de ellas ha introducido sus propias singularidades.

La facultad que tienen los convivientes de determinar la forma de distribución y adjudicación de sus bienes adquiridos durante el periodo de convivencia entre ambos, no tiene posibilidad de impedimento alguno ya sea mediante la institución de heredero o con la adjudicación de legados, mientras sea reconocida y salvaguardada la porción de bienes correspondientes por ley a los herederos legales de cada uno de los convivientes, ya sean descendientes, ascendientes o el cónyuge de una relación anterior.

Es unánime y pacífica la jurisprudencia en este punto en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos hereditarios que están recogidos y por tanto reconocidos en el Código Civil para los herederos legales, y que al menos sobre el montante de esta porción de bienes no tendrán posibilidad de disponer los convivientes para su adjudicación en testamento al otro de los convivientes. Es decir que salvando el tercio de legítima y el tercio de mejora, cualquiera de los convivientes podrá disponer libremente y sin impedimento legal alguno sobre el restante tercio de libre disposición para su adjudicación al otro miembro de su pareja.

En las disposiciones testamentarias aunque pudiera considerarse ilícita

la causa, la consecuencia que se derivaría de ello no podría ser otra que la que establece el artículo 767.2 CC, el cual se limita a decir que se tendrá por no escrita.²²¹

Entre estas medidas que podría adoptar el conviviente para dejar bien regulada la situación de su pareja, es decir, dejarle en testamento determinados bienes para paliar la desigualdad en la que podría encontrarse con respecto al resto de herederos, cónyuge o descendientes del finado. No obstante, esta fórmula aunque es una medida totalmente legal y no contraria al orden público, ni a las buenas costumbres, en la práctica no es interesante para el conviviente que queda en vida, puesto que desde el punto de vista fiscal al tributar por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, lo va a hacer como un extraño y se le va a aplicar el tipo impositivo máximo. Esto parece claro cuando leemos el artículo 807 del Código Civil donde se contempla al cónyuge viudo como legitimario, disponiendo de los bienes del finado en usufructo, pero no al conviviente.²²²

Esta materia la voy a tratar desde el estudio de la posible aplicación o no de la analogía de la normativa que regula el matrimonio, para saber si tiene aplicación en la solución de los distintos problemas que se plantean en esta cuestión.

²²¹ MORENO QUESADA B. "Las disposiciones testamentarias con causa ilícita", A.D.C, 1967, pags. 537 y ss. Y también el art. 767.2 CC: "*La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita*".

²²² MARTIN PEREZ J. A. Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca. *"Uniones de hecho: derechos sucesorios del conviviente supérstite"*. Artículo del libro *"Uniones de hecho"* de J. M. MARTINELL y M^a. T. ARECES PIÑOL. pp. 329 a 344. Ediciones Universidad de Lleida. 1998.

b) En sucesión intestada.

Ha habido otras formas de resolver las cuestiones que se plantean cuando uno de los convivientes fallece sin otorgar testamento y no dejar injustamente desamparada a una de las partes de la pareja que ha dedicado su tiempo y la adquisición del patrimonio común de la pareja del que ha disfrutado durante la vigencia de la pareja. Para ello se ha resuelto por la jurisprudencia mediante la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto, como en la sentencia del Tribunal Supremo 584/2003 de 17 junio, donde se concede un porcentaje del valor de los bienes de la pareja para corregir dicho desequilibrio provocado por el enriquecimiento injusto en uno de los miembros mientras que el otro ve empobrecido su patrimonio. Se adjudica a la pareja del fallecido un total de la cuarta parte del valor de los bienes adquiridos por la pareja durante su convivencia y de los que era propietario el difunto.

Como comentario a esta sentencia PEREZ ESCOLAR²²³ afirma que el conviviente supérstite carece de derechos sucesorios legales en el sistema hereditario del Código Civil. Al no constar la voluntad expresa o tácita de los ex convivientes de hacer comunes los bienes adquiridos durante la vigencia de la unión, en cuyo caso las pretensiones de la demandante habrían podido ir por la vía de la solicitud de la liquidación de un patrimonio formado mediante una comunidad de bienes, la solución jurídica propia para resarcir a la conviviente del desequilibrio patrimonial resultante no puede ser otra que la del enriquecimiento injusto producido durante una convivencia en la que una de las partes incrementó de forma considerable su patrimonio como consecuencia no solo de su trabajo sino también, y sin concurrir causa jurídica que lo justifique, a costa del trabajo o de los servicios prestados por el otro, que correlativamente se empobrece. Esto debe enlazarse también con el principio general del derecho de protección al más perjudicado en la relación de hecho, utilizado de forma

²²³ PEREZ ESCOLAR M. *Derechos sucesorios del conviviente supérstite. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003.* Actualidad Civil. 2004-1, pp. 740 a 748.

particular por el Tribunal Supremo para dirimir la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los ex convivientes, y relacionado con este tipo de reclamaciones derivadas de la existencia de incrementos patrimoniales injustificados en SSTs de 27 de marzo de 2001 y de 17 de enero de 2003. Por todo ello, el remedio jurídico propio para resarcir a la conviviente del desequilibrio patrimonial resultante no puede ser otro que el del enriquecimiento injusto.

La unión de hecho representa una modalidad de familia más, pero, precisamente por tratarse de una situación fáctica, sin equivalencia con el matrimonio, es por lo que no cabe trasponerla al régimen jurídico de éste.²²⁴

Era posible encontrar en cierta medida una explicación a la inactividad del legislador en materia de los derechos del cónyuge supérstite de una relación de hecho, en la reiterada doctrina del TC a propósito de la inexistencia de trato discriminatorio legal para el ex conviviente que sobrevive al que se le negaba el derecho a pensión de viudedad que el art. 174.1 de la LGSS reconocía únicamente en favor del cónyuge supérstite, hasta la reforma de la LGSS de 30 de octubre de 2015 donde ya se reconoce en su artículo 221.²²⁵

Es así que de igual forma que en los casos de ruptura de la convivencia, la forma jurídica más utilizada y con mejor encaje jurídico y social, es la doctrina del enriquecimiento injusto. Por ello, en los casos en los que fallece uno de los convivientes y durante toda la convivencia de la pareja se ha formado un patrimonio por el fallecido pero mediante la ayuda y cooperación de su pareja,

²²⁴ ESTRADA ALONSO, E. Manual de Derecho de Familia. Varios autores, E. SERRANO ALONSO, coordinador. Edisofer. Madrid. 2000, págs. 167 y 168. Además en muchas ocasiones

tampoco se da la identidad de razón que exige el art. 4.1 CC para que el procedimiento de integración proceda.

²²⁵ PANTALEON PRIETO A. F. ¿Derechos sucesorios abintestato del compañero o compañera en la compilación de Derecho Civil de Cataluña? Universidad de Barcelona, Tossa de Mar, 26-29 de septiembre 1984, pp 172 y ss. LGSS, BOE» núm. 261, de 31/10/2015.

debe resarcirse dicha dedicación mediante la adjudicación de un valor en los bienes del fallecido y aunque ello suponga su no adquisición por los herederos legales.

En este supuesto tan solo se puede reconocer una indemnización a la pareja del conviviente fallecido cuando queda suficientemente acreditada la convivencia y la participación en los bienes entre ambos miembros de la pareja.

El fundamento de la sucesión abintestato es el mismo que el del fenómeno sucesorio en general: ordenar la sucesión por causa de muerte y decidir, bajo la presunta voluntad del causante, el destino de sus bienes, procurando su conservación dentro del grupo familiar: podemos afirmar que es la relación familiar próxima, sea o no matrimonial, la que pone ciertos límites a la libre disposición del testador o llama a sus integrantes en defecto de testamento.²²⁶

Conforme establece el artículo 913 CC la delación se establece en favor de los parientes consanguíneos del difunto, del cónyuge y del Estado. En consecuencia, no se puede considerar herederos a los convivientes en la sucesión legal.

Cuestión distinta es la que se plantea cuando en la pareja, la mujer se encuentra embarazada cuando fallece su conviviente, en este caso se aplicará la regulación del Código Civil prevista en los artículos 959 a 967 sin ningún problema, puesto que a efectos de protección de los hijos de una persona, da igual que éstos sean matrimoniales como no matrimoniales, evitando con ello cualquier tipo de discriminación, otorgándoles la misma protección legal.

De igual forma podemos decir que también se le da protección jurídica a la conviviente supérstite en los casos en los que la pareja vivía en

arrendamiento, permitiendo la subrogación arrendaticia para poder continuar en el uso de la vivienda familiar.

²²⁶ ROMERO PAREJA. *Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales*. Diario de la Ley, nº 5757. Año XXIV, 9 abril 2003. Ref. D-84, pp. 1613 a 1622.

c) **En la legítima.**

Siguiendo lo expuesto en este punto por REBOLLEDO VARELA²²⁷ dice el art. 806 CC que «legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos». La expresión «legítima» alude a una parte proporcional de la fortuna del causante que, con cargo a la misma, debe pasar o haber pasado necesariamente a personas próximas a aquél llamadas «legitimarios».

El art. 807 CC determina quiénes son los legitimarios, igualando en derechos a los hijos y a los padres matrimoniales y no. Ya no se hace distinción alguna entre los hijos, todos tienen la cualidad de legitimarios, lo mismo que sus descendientes, en su caso, frente al causante, incluyendo a los hijos adoptivos que tienen ahora a todos los efectos, y por tanto también a los sucesorios, la condición de hijos del adoptante (arts. 108.2.º y 823).

En relación con los descendientes, el art. 807 dice cuáles son herederos forzosos «1.º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes», Derecho a reclamar la legítima sólo lo tienen los que resulten descendientes inmediatos del causante, conforme a las reglas de la sucesión intestada (art. 930 y ss.).

Por otra parte, la premoriencia del descendiente convierte en legitimarios a sus descendientes más próximos en grado al causante, ello tanto en la sucesión testada como intestada.

Sobre la cuantía de la legítima de los descendientes, el art. 808 la establece en los dos tercios del haber hereditario del padre y de la madre, calculado conforme a lo dispuesto en el art. 818, hablándose de una legítima larga para designar a los dos tercios del caudal computable en que deben

²²⁷ REBOLLEDO VARELA A. L. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol. III. BIB 1995\164 resultar favorecidos en conjunto los hijos y descendientes frente a terceros; y de una legítima corta, abarcando la tercera parte del caudal computable, mínimo que debe llegar por partes iguales a los legitimarios inmediatos mientras el tercio de mejora puede distribuirse, si el causante así lo quiere, entre los descendientes que no tengan aquella condición.

Está claro que el causante, en vida, es enteramente libre de adquirir y disponer de sus bienes como mejor crea, tanto a título oneroso como lucrativo, siendo sus actos de disposición, en principio, plenamente válidos y eficaces, tan sólo teniendo en cuenta, que las disposiciones con ánimo de liberalidad que realice «inter vivos» sí serán colacionables, en los términos amplios a que se refiere la STS 19 julio 1982 de adición numérica a la masa hereditaria, a efectos del cálculo de la legítima en relación con el art. 818 CC y siempre, en último término, para delimitar la inoficiosidad o no de las disposiciones a título gratuito. Puede suceder entonces que en una situación de plena normalidad, el causante haya realizado disposiciones con ánimo de liberalidad a terceros o a otros legitimarios superando los límites que el respeto a las legítimas impone el Código Civil y, ante tal circunstancia, el propio Código pone remedio a esta vulneración del sistema legitimario mediante la normal reducción de las donaciones inoficiosas (arts. 634, 654, 820 y 821). ²²⁸

²²⁸ (RJ 1982, 4256) , que recoge la doctrina de que «la colación de bienes, como operación previa a la partición de herencia, definida en el art. 1035 CC en su sentido más estricto, tiene una acepción más amplia, referida a la agregación numérica que hay que hacer a la herencia del valor de todas las donaciones hechas por el causante a los efectos de señalar las legítimas y para averiguar si son inoficiosas, acepción contemplada por el art. 818 de dicho Código». Vid. también SAP Granada, Sección 4.ª, de 16 septiembre 1992 (AC 1992, 1197).

La legítima constituye una suerte de prolongación de los deberes del causante para con sus familiares cercanos, entre los cuales el legislador ha

mencionado a los descendientes, a los ascendientes y al cónyuge; pero no parece lógico ni justo que cuando el causante ha convivido de forma estable y duradera con otra persona, creando una relación familiar, un vínculo familiar con su descendencia y todo su entorno, la falta del vínculo conyugal suponga un trato desfavorable respecto a una unión matrimonial.²²⁹

Siendo la legítima una parte de la herencia con una especial protección, donde los herederos forzosos tendrán asegurados sus bienes ante posibles injerencias de terceros, siempre que no hayan sido desheredados, supone desde el momento en que se es heredero legal un plus de beneficios respecto al resto de posibles herederos.

Esta cuestión se está planteando actualmente en determinados sectores sociales, donde se considera que los derechos de los herederos forzosos en materia de la legítima, son demasiado amplios y deberían de restringirse, en aras de otorgar más poder de disposición sobre sus bienes al testador que desee disponer sobre sus bienes de forma más amplia y pudiendo elegir a otras personas diferentes a los herederos forzosos a los que les correspondería la legítima. No obstante, hasta la fecha sigue vigente el actual sistema de legítima y por tanto hasta que no sea modificado el mismo, el testador no podrá disponer del tercio de legítima reservado a los herederos forzosos, aunque quisiera disponer de más porción de bienes para adjudicarlo a terceras personas o entidades.

²²⁹ En este sentido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de noviembre de 1999, se reconoce al conviviente en una pareja de hecho homosexual el tratamiento hereditario de cónyuge supérstite, sobre la base de que había sido fundamental en la adquisición del patrimonio del fallecido por la dedicación estable y prolongada durante 30 años a la prosperidad económica de ambos. Por ello, si la unión convivencial no matrimonial se manifiesta socialmente como familia, con sus vínculos obligacionales subyacentes, se debe reconocer al conviviente supérstite el derecho a legítima en la misma cuantía y con la misma configuración que al cónyuge viudo.

B.- DERECHOS SUCESORIOS DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE:

En este punto de los posibles derechos en la sucesión en el fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja de hecho, por parte del otro miembro de la pareja, existen bastantes diferencias con las parejas constituidas en matrimonio, donde el sistema legal del Código Civil les adjudica una serie de derechos en materia de sucesión, en calidad de usufructo sobre determinados bienes según concurra con hijos o descendientes o con otros ascendientes. Derechos del cónyuge regulados en el artículo 834 y ss del Código Civil.

Por lo tanto, estos derechos del CC no son aplicables al conviviente de la pareja de hecho que como el cónyuge queda sólo tras el fallecimiento de su pareja.

No obstante, aunque nuestra legislación no los incorpora como integrantes de los herederos del fallecido, ¿podrían serle aplicados tales derechos reconocidos en estos preceptos, cuando han llevado una vida de convivencia al igual que la de un matrimonio?

A continuación veremos si se podría en determinadas ocasiones y mediante la aplicación de principios generales del derecho o de criterios de justicia o de equidad.

a) Estudio de la posible aplicación de la analogía.

La aplicación de la posible analogía, supone que en aquellas situaciones de sucesión donde existan criterios de equidad y similitud entre parejas de hecho con los cónyuges, se les pueda aplicar por analogía la normativa civil que es de aplicación para los matrimonios.

Considerando el estudio y la postura mantenida en este punto por ESPADA MALLORQUIN,²³⁰ en materia de derechos sucesorios, las parejas de hecho siguen siendo una asignatura pendiente para el legislador español. Refiere que son escasos los casos en los que los miembros de parejas de hecho han acudido a los Tribunales en materia sucesoria reclamando bienes o

derechos de premuerto. Ello puede deberse a que para evitar tales demandas judiciales donde la ley nada regula al respecto, se puede acudir a la vía testamentaria para instituir como heredero al conviviente.

Se pueden dar situaciones en las que se acudan a los Tribunales de Justicia reclamando la liquidación del régimen de comunidad de bienes o de sociedad que tuvieran instituido la pareja, y para ello se tenga que ejercer judicialmente contra los herederos abintestato. En este punto puede versar la demanda sobre la aplicación analógica de las normas de la sociedad de gananciales, entendiendo que existe una sociedad irregular o de ganancias entre las partes, hasta poder demostrar que lo que había entre la pareja era una comunidad de bienes. Como hemos dicho, al no existir legislación estatal que regule esta materia, determina que al final sea nuestro Tribunal Supremo el que tenga que decidir sobre esto en función de cada caso concreto. En ello, debido a que el conviviente no es parte de los herederos abintestato, de no conseguir un resolución favorable de los Tribunales, verá sin reconocimiento alguno sus posibles derechos sobre aquellos bienes de su pareja fallecida.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de julio de 1993,²³¹ entiende que no existe aplicación analógica de las normas que regulan el régimen económico-matrimonial a los convivientes de hecho. Lo mismo que también se dictaminó en la STS de 4 de marzo de 1997, por entender que la aplicación analógica de un régimen matrimonial es contraria a la voluntad de los propios convivientes al formalizar este tipo de uniones.

²³⁰ ESPADA MOLLORQUIN S., “Revista chilena de Derecho Privado”. ISSN 0718-0233, Nº. 12, 2009, pp. 9-68.

²³¹ *RJ*, 1993, 6274

Los derechos a los que puede tener derecho una persona ligada en régimen de convivencia con otra en el caso de que uno fallezca, pueden ser de distinta índole.

Por ejemplo dos casos serían:

1.- Uno el que se regula en la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 16 que en caso de fallecimiento del arrendatario si éste estaba unido como pareja de hecho, el otro conviviente podrá subrogarse en el contrato de arrendamiento y seguir por tanto con la vigencia del mismo. Con esta medida se trata de proteger la necesidad de vivienda y el claro problema que puede plantear al conviviente supérstite que no tenga relación contractual con el arrendador de la vivienda donde ambos habían convivido durante el desarrollo de su relación.

2.- Otro supuesto puede ser en materia sobre pensión de viudedad, donde en la Sentencia nº 932/2016 de 8 de noviembre de la Sección 1ª de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se establece que para que el miembro supérstite de la pareja de hecho pueda obtener la pensión de viudedad, la ley exige dos requisitos simultáneos y diferentes, como son la convivencia estable y la inscripción en el registro específico correspondiente o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público.²³²

²³² RJ 2016/5881 La Sala 4ª en esta sentencia casa y anula la sentencia que es recurrida en casación para denegar la pensión de viudedad, por entender que es de aplicación lo dispuesto en SSTs 20-07-2010 (RJ 2010, 7278)(Rec. 3715/2009 ; 03-05-2011 (RJ 2011, 4499) (Rec. 2897/10 ; 03-05-2011 (RJ 2011, 4507) (Rec. 2170/2010), 15-06-2011 (RJ 2011, 5939) (Rec. 3447/2010), 26-09-2011 (RJ 2011, 7302) (Rec. 3702/2010), 22-11-2011 (RJ 2012, 1466) (Rec. 433/2011), 26-12-2011 (RJ 2012, 159) (Rec. 245/2011 , 24- 05-2012 (RJ 2013, 2377) (Rec. 1148/2011) y 16-07-2013 (RJ 2013, 6583) (Rec. 2924/2012), en las que se determinó "a).-Que el apartado «3» establece -aparte de otros que al caso no vienen- la exigencia de dos simultáneos requisitos para que el miembro supérstite de la «pareja de hecho» pueda obtenerla pensión de viudedad: a) de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años; y b) de otro la publicidad de la situación de convivencia more uxorio, imponiendo -con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento- la inscripción en el registro de parejas de hecho [en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia] o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público."

Cuestión interesante en este apartado es estudiar si es posible la aplicación de la analogía de los preceptos que llaman al cónyuge como heredero abintestato o legitimario de su consorte, al conviviente por existir

entre ambas situaciones identidad de razón, en consonancia con el artículo 4.1 del Código Civil.²³³

La analogía tiene difícil encaje en esta cuestión, donde ya fue rechazada su aplicación en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia celebrado en Cáceres en 1987 y nuestros tribunales o llegan a aplicarla porque consideran que no se reúne los requisitos legales exigidos para su apreciación.

234

Así se pronunció la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de julio de 1993 cuando afirmó que las uniones de hecho son relaciones fácticas al margen del acto formal matrimonial a las que no se les puede aplicar la normativa del matrimonio.

Sostiene ESPADA MALLORQUÍN que la analogía *legis* es el único proceso analógico de aplicación de las normas jurídicas que se contempla en el artículo 4.1 del CC.

²³³ MARTINELL J.M y ARECES PIÑOL Mª. T. “Uniones de hecho” Ediciones Universidad de Lleida 1998.

²³⁴ TORRES ESCÁMEZ. Notario de Almería. Profesor asociado a Derecho Civil de la Universidad de Almería. *La sucesión mortis causa del conviviente more usorio.* (pp 117 a 128.)

El recurso a la analogía *iuris* procederá cuando resulten de aplicación los principios generales del Derecho, aunque, en este caso, se trataría de principios generales de Derecho Positivo. Según el sistema de prelación de fuentes del *Código Civil* español (art. 1 del CC), la aplicación del argumento jurídico por analogía *legis* es preferente a la analogía *iuris*, aunque el carácter de fuente del Derecho no es predicable en sentido estricto, ni de una ni de otra. No obstante, una vez que el juez verifique que se cumplen todos los requisitos

exigibles para el uso de dicho argumento jurídico, su aplicación ha de ser automática. Por ello, entiende que es necesario analizar los presupuestos necesarios para proceder a la aplicación de la analogía *legis* de los derechos sucesorios del cónyuge viudo al conviviente supérstite, puesto que si fuese admisible sería la solución más acorde al ordenamiento jurídico y deberá aplicarse preferentemente a la analogía *iuris*.

A pesar de ello y de lo que sostiene en este punto ESPADA MALLORQUIN, la doctrina mayoritaria sostiene el criterio contrario, por entender que precisamente esa laguna legislativa del legislador determina no tener voluntad de regular en materia sucesoria esta materia y admitir la aplicación para las parejas de hecho como sí hace en materias como la del arrendamiento o pensión de viudedad.

b) El enriquecimiento injusto mortis causa

Otra situación que puede plantearse es la cuestión de la solicitud de una indemnización al amparo del artículo 1902 del Código Civil cuando el conviviente supérstite se sienta perjudicado o haya sufrido un daño por la muerte del otro conviviente. Este derecho que se podría generar, en ningún caso se podrá ejercitar en concepto de heredero del conviviente fallecido, por no serlo al no incluirse dentro de los que la ley llama a la herencia como herederos del difunto, sino más bien como perjudicado por el desencadenamiento de la relación, es decir por el fallecimiento de un miembro de la pareja que deja en desamparo al otro y que hasta ese momento dependía económicamente de su pareja, al punto que tendrá que proveerse en adelante de ingresos propios para el sustento propio y de su prole. Pues bien en dicho caso podría asignarse un capital en concepto de indemnización para paliar al menos durante un tiempo dicha situación de desamparo creada.

El Tribunal Supremo en estos casos y, ante la ausencia de una regulación expresa, ha empleado la doctrina del enriquecimiento injusto²³⁵ y del llamado principio de protección del conviviente más perjudicado por la ruptura,

como medios idóneos para reconocer efectos jurídicos a la ruptura de la convivencia por fallecimiento de uno de los miembros de la pareja²³⁶.

En la STS de 17 de junio de 2003²³⁷, como solución al problema de la compensación de las consecuencias económicas negativas que sufre el conviviente supérstite tras el fallecimiento de su pareja estable, el tribunal considera que, a pesar de la solicitud de la actora, no es posible ejercitar en este caso la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual o aquiliana, ni tampoco entiende aplicable analógicamente la pensión compensatoria del artículo 97 del CC, por no estar ésta prevista para los supuestos de ruptura por fallecimiento. No obstante, la sentencia afirma que la solución pertinente es la restitución patrimonial por la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto como mecanismo corrector de las desigualdades económicas derivadas de la convivencia de hecho.

²³⁵ La STS de 11 de diciembre de 1992 (*RJ*, 1992, 9733) fue la primera sentencia del Tribunal Supremo que admitió la aplicación de este principio para atender a las reclamaciones patrimoniales de los convivientes de hecho.

²³⁶ Dentro de la “jurisprudencia menor” cabe destacar la SAP Tarragona de 3 de febrero de 2000 (*AC*, 2000, 853), que en un supuesto de ruptura de la convivencia de más de veinte años por fallecimiento, el tribunal afirma la inexistencia de cualquier derecho sucesorio intestado en la herencia del fallecido porque “la relación de convivencia no es generadora de derecho sucesorio alguno” y tampoco considera legitimada la pretensión por enriquecimiento injusto, por no cumplir los requisitos necesarios, al no constatarse el perjuicio directo y evaluable de la conviviente supérstite.

²³⁷ *RJ* 2003, 4605

El empobrecimiento injustificado se correspondería con “la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro”. En este caso, la dedicación en exclusiva a la atención del causante y del hogar familiar, prestándole toda su ayuda moral y material, repercute positiva y significativamente en la formación del patrimonio de éste, al tiempo que para el conviviente supérstite implica un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación, ni está retribuida, ni goza de ninguna compensación económica, impidiéndole, además, obtener beneficios privativos por el desarrollo de otra actividad en provecho propio. Esto justifica la

existencia de una correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento en tanto cada uno determina el otro: mientras uno se beneficia del ahorro, el otro experimenta un lucro cesante. Mediante esta argumentación se entienden cumplidos los requisitos relativos al enriquecimiento y al correlativo empobrecimiento en estas situaciones de hecho. Además, el tribunal afirma que la convivencia en una comunidad de vida o el hecho de gozar de una determinada consideración social y material, no justifican por sí mismas el desequilibrio patrimonial que pudiera surgir entre las partes en el desarrollo de sus respectivas actividades, es decir, la mera existencia de una convivencia *more uxorio* no es causa de atribución patrimonial.

Para ESPADA MALLORQUÍN²³⁸ tal y como el Tribunal Supremo interpreta el llamado principio de protección del conviviente perjudicado, no se trata de una solución alternativa a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto a las parejas de hecho, sino que el llamado principio de protección no es más que una concreción del propio principio general de enriquecimiento injusto. Mediante el llamado “principio” sólo se hace una referencia a la ausencia de causa que impide considerar como justificados los desequilibrios patrimoniales que surgen de la convivencia de hecho y que legitima la restitución patrimonial tendente a eliminar un beneficio injustamente obtenido²³⁹.

²³⁸ ESPADA MALLORQUÍN S. Vid Cit. “Revista chilena...”

²³⁹ Véase Cervilla Garzón María Dolores, “Pensión compensatoria y uniones de hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 10, Navarra, 2003, pp. 583-585.

Así, el tribunal considera que: “la compensación a conceder, no puede ser la de la mitad de los bienes del varón, pedida, puesto que no se acepta la tesis de la existencia de la comunidad de bienes, en sí o asimilada a la de gananciales, sino en el tercio de los bienes existentes a nombre del mismo al finalizar la unión por su óbito, y que figuran descritos en la sentencia de la Audiencia²⁴⁰.”

La STS 1107/2004, de 23 de noviembre, ²⁴¹concede una indemnización con fundamento en el enriquecimiento injusto a la conviviente superstite por entender que al fallecer el otro, debe serle asignado un tercio de los bienes y no la mitad al entender que no existe comunidad de bienes, pero si una ganancia que debe serle asignada. Todo ello basado en el tiempo prolongado de convivencia que prueba dicha relación y la adquisición de dicho patrimonio.

²⁴⁰ Véase dentro de la jurisprudencia favorable al otorgamiento de una compensación a través de la doctrina del enriquecimiento injusto por la dedicación exclusiva al hogar familiar de uno de los convivientes, entre otras, STS de 27 de marzo de 2001 [*RJ*, 2001, 4770]; STS de 6 de octubre de 2006 [*RJ*, 2006, 6650]; SAP Asturias de 14 de marzo de 2000 [*AC*, 2000, 1147]; SAP Asturias de 28 de marzo de 2001 [*AC*, 2001, 1132]; SAP Barcelona de 28 de noviembre de 2001 [*AC*, 2001, 543]; SAP Lleida de 18 de enero de 2005 [*AC*, 2005, 190]; SAP Murcia de 7 de febrero de 2006 [*JUR*, 2006, 141698] y SAP Pontevedra de 14Por esta vía y, dejando a un lado la consideración de cualquier derecho sucesorio intestado, el Tribunal Supremo decide a la hora de determinar los efectos del enriquecimiento atribuirle a la conviviente supérstite, sin mayor justificación, la cuarta parte de los bienes generados durante la convivencia, con exclusión de los heredados por el causante de su familia, en reparación de un enriquecimiento experimentado por el fallecido gracias a la dedicación exclusiva que la compañera supérstite le dispensó a él y al hogar familiar.

²⁴¹ RJ 2004, 7385

Con lo que los herederos del fallecido tuvieron que satisfacer dicha indemnización con el objeto de compensar económicamente al conviviente perjudicado por el enriquecimiento sin causa de su pareja, pero no suponía sanción por la disolución de la pareja.

Si ya es complicado establecer criterios de indemnización inter vivos, cuando se produce la ruptura de la pareja de hecho, más aún lo es al tratarse de la sucesión mortis causa, puesto que en dicho momento entran en juego otras personas distintas a la formada por la pareja, como son los herederos del finado. Debemos atender en tales casos a los posibles pactos o acuerdos

suscritos por los convivientes pero que de existir los mismos, para tener más eficacia lo correcto sería realizar testamento donde se pueda disponer del tercio de libre disposición para el otro miembro de la pareja. Con ello se evitaran muchos problemas y demandas judiciales, puesto que de lo contrario los herederos seguramente se van a oponer a destinar ciertos bienes al integrante de la pareja de hecho y sobre todo si no tienen con el mismo. Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de un matrimonio, lo que va a adquirir el cónyuge es el usufructo sobre determinados bienes y en cambio en la pareja de hecho, estaríamos hablando de adquisiciones en propiedad, bien de bienes o de cantidades de dinero satisfechas en concepto de enriquecimiento injusto por el tiempo de convivencia de la pareja y la adquisición de bienes en conjunto o por uno de ellos pero con el trabajo en otros ámbitos del otro conviviente, como puede ser el trabajo doméstico.

Es por todo ello, que parece ser que donde existen lagunas legales en esta materia por la falta de regulación por el legislador, puede ser que no sean pro descuido sino por la falta de interés en regular una materia donde lo que prima son la libertad de pactos y la libre voluntad de las partes que conforman las parejas de hecho en no someterse a una regulación legal sobre su convivencia y su relación, pues de ser así se hubieran constituido en matrimonio, ya sea civil o religioso.

CONCLUSIONES:

1.- La convivencia como pareja de hecho, ya existía desde hace mucho tiempo a lo largo de la historia, aunque no hayan tenido el reconocimiento social y legal que tienen ahora.

2.- Las parejas de hecho aunque carecen de una regulación normativa, han sido reconocidas por la jurisprudencia que les ha atribuido eficacia jurídica.

3.- Las parejas de hecho son relaciones de convivencia sin regulación legal estatal, aunque sí por multitud de comunidades autónomas.

4.- Para que exista relación de hecho heterosexual u homosexual es necesario que conste de estabilidad, permanencia, carácter monogámico, publicidad y convivencia en un hogar común.

5.- En las parejas de hecho el deber de asistencia y manutención a los hijos menores en los casos de ruptura de la misma, es el mismo que en los matrimonios.

6.- Las parejas de hecho gozan de los mismos derechos que cualquier otra pareja en las relaciones y estancias con sus hijos.

7.- El principio del *favor filii* o del interés superior del menor, es el que se busca en toda consecuencia de la relación de pareja.

8.- La atribución de un régimen de custodia compartida cuando se produce la ruptura de la pareja, es el sistema que actualmente está adquiriendo más relevancia, sobre todo para satisfacer los derechos de ambos progenitores.

9.- Para que pueda acordarse una custodia compartida, es fundamental que no exista conflictividad entre los progenitores, pues de lo contrario solo podría acordarse cuando hubiese un gran beneficio para los menores.

10.- Establecer un régimen de custodia compartida, no supone eliminar per se el pago de una pensión alimenticia a cargo de alguno de los progenitores, cuando exista una importante diferencia de ingresos entre ambos.

11.- Para la protección de los derechos de los menores y sobre todo para el establecimiento de una pensión alimenticia, se encuentra la figura del Ministerio Fiscal en todo procedimiento donde haya algún menor.

12.- La equiparación de los hijos ya sean matrimoniales o no matrimoniales, es la misma a efectos legales, puesto que impera el principio superior de protección del menor, sea cual sea su filiación.

13.- Los efectos patrimoniales que afecten a una pareja de hecho, vendrán determinados por los pactos expresos o tácitos a los que hayan llegado entre ellos, o a supuestos de enriquecimiento injusto, pero nunca serán de aplicación por analogía las normas que rigen en un matrimonio.

14.- Aunque dentro de los efectos de la ruptura de la pareja es necesaria la fijación de pensión de alimentos a los hijos, en cambio no es posible establecer una pensión compensatoria al igual que existe en el matrimonio. Habría que acudir a otras figuras jurídicas que indemnicen al más desfavorecido en la ruptura.

15.- La forma de la comunidad de bienes como régimen de reparto en copropiedad compartida es la forma más equitativa para el momento del posible reparto de bienes de la pareja.

16.- En caso de ruptura la adjudicación del uso de la vivienda se realizará al conviviente que le se adjudicada, la guarda y custodia de los menores.

17.- Los supuestos de viviendas en precario plantean bastantes problemas, aunque los tribunales tienden a que las mismas sean devueltas a du legítimo propietario que le cedió para la convivencia y en caso de ruptura, la reclama. Prima por tanto el derecho de propiedad sobre el uso o adjudicación de la vivienda a una de las partes o a los hijos de esta.

18.- La figura del enriquecimiento injusto se aplica tanto en los casos de disolución de la pareja por ruptura de la convivencia como en los casos de disolución por muerte de los convivientes.

19.- En los derechos post mortem, se permite la subrogación del conviviente en el contrato en los casos de arrendamientos de viviendas.

20.- No existe una ley estatal sobre parejas de hecho, no obstante debido a las características de dichas relaciones donde lo fundamental es el deseo de no someterse a una normativa sobre su relación, es más consustancial con tales relaciones dejar que sus miembros se rijan por su libertad de pactos en las mismas.

21.- De lege ferenda en materia de sucesión intestada la mayoría de la doctrina cree que debería ser incluido el conviviente del fallecido para que acceda a la sucesión al igual que el resto de herederos legales, aunque de lege data no es un criterio que se haya aplicado.

22.- De lege ferenda en cuestiones en las que se reconocen determinados derechos a los miembros de las parejas de hecho, como son en temas de pensión de viudedad, en prorroga en el contrato de arrendamiento, también deberían ser ampliados tales derechos a cuestiones de la sucesión.

BIBLIOGRAFIA DE AUTORES:

AGÜERO DE JUAN. A. El fenómeno social y jurídico de las uniones de hecho, en VV AA. Parejas de hecho. Curso de verano de la UCM en Almería. Granada, 1996.

ANGUITA RIOS ROSA MARÍA." Autorregulación de las relaciones patrimoniales durante la convivencia de las parejas de hecho". *Boletín del Ministerio de Justicia*. ISSN-e 0211-4267, Año 60. Nº 2025, 2006.

ALBADALEJO, M.: Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia 2ª edición. 1984 Ed. Bosch, Barcelona.

ALVAREZ LATA, N., "Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial" en Derecho Privado y Constitución.

AYERRA MICHELENA KEPA. Análisis crítico de la guarda y custodia compartida: Hacia una reintegración conceptual de la figura". Tesis doctoral. Universidad de Deusto. 2012

BALESTRA «Convivenza more uxorio e autonomía contrattuale».

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., *La obligación legal de alimentos entre*

parientes, Universidad de Salamanca, 1958

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. Las parejas de hecho. Aranzadi civil, 1993.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.. Abogado. Catedrático de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 2/2017 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017.

BERROCAL LANZAROT Ana Isabel. La Ley. Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores, ISSN-e 2341-0566, Nº. 12, 2016 (Ejemplar dedicado a: protección del menor en situaciones de violencia de género).

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a. S.: Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho: doctrina del Tribunal Supremo a partir de la STS de 12 de septiembre de 2005 en «Revista Aranzadi Civil-Mercantil», núm. 1/2011. (BIB 2010, 2217).

BLANCO PEREZ-RUBIO L. *Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho*. RD. Privado 2006.

CABEZUELO ARENAS ANA LAURA Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla Grandes Tratados. Tratado de Derecho de la Familia (Volumen I). BIB 2015\18063 Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2015. ISBN978-84-9099-632-4

CASTIELLA RODRÍGUEZ «Unión de hecho y matrimonio» en *Revista Jurídica del Notariado* , núm. 76, 2010.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I. («El contrato de alimentos», en Libro-Homenaje al profesor Amorós Guardiola, tomo I, Madrid, 2006.

CERVILLA GARZÓN M^a DOLORES. *La atribución del uso de la vivienda en las uniones de hecho*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S. A.

COBACHO GÓMEZ, J. A., La deuda alimenticia, Madrid, Montecorvo, 1990.

CRESPO MORA. *Ruptura de la unión de hecho: aplicación analógica de las*

normas sobre crisis matrimonial. Proyecto de investigación Ref. 06/0024/2001 sobre “La problemática de las parejas de hecho”. Universidad Autónoma de Madrid.

DE LA IGLESIA PRADOS EDUARDO. Profesor Contratado Doctor Derecho Civil Universidad de Sevilla. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 8/2013 parte Estudio. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013.

DELGADO DEL RÍO G. Catedrático de Derecho Eclesiástico de la Universidad de las Islas Baleares. Publicación: Monografías Cívitas. La custodia de los hijos: la guarda compartida: opción preferente. BIB 2010\3063. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2010. ISBN978-84-470-3532-8.

DÍAZ MARTÍNEZ ANA. Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. “La aplicación de las normas de régimen económico matrimonial a las uniones estables de pareja en el Derecho español ”. *Actualidad civil*, nº 3 febrero 2009.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil, Volumen IV*, Madrid, Edit. Tecnos. 2006.

EGÚSQUIZA BALMASEDA «Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2013, de 11 de abril de 2013 y 93/2013, de 23 de abril de 2013».

ESPADA MALLORQUIN S. El reconocimiento de derechos sucesorios a las parejas de hecho en España.

ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil Español*, 2ª ed., Cívitas. Madrid.1991.

FOSAR BENOCH. *Las uniones no matrimoniales en el Derecho Histórico español. La sucesión mortis causa a favor de los hijos extramatrimoniales en el Derecho civil Aragonés*. RCDI, núm. 554 (1983).

GARCÍA GARNICA, María del Carmen. “Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio”. Editorial Aranzadi. Primera Edición.

Navarra. España. 2008.

GARCÍA RUBIO MARIA PAZ; *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Edit. Civitas S.A.

GALLEGO DOMÍNGUEZ *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*,

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad». *Aranzadi Social*, n 4. 2009.

HERNÁNDEZ GUILLÉN EVA. Área de Derecho Privado-Departamento de Contenidos. Publicación: *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 11/2016 parte Fichas de Jurisprudencia. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016.

HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., «Notas a propósito de las proposiciones de ley 122/0000071 de parejas de hecho y 122/000098 de contrato de unión de civil», *Libro Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, vol. III, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

HERNANDO RAMOS, Susana. *El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida*. *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, N° 7206, 2009.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil, T. IV, Derecho de Familia*, vol. II. Barcelona, 1898.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola. *Custodia compartida de los hijos*. La Ley, Madrid, 2008.

LLEBARIA SAMPER. *Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales*. La Ley 5-1997;

LOPEZ AZCONA AURORA. Profesora Asociada de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.

LOPEZ-MUÑOZ GONI, N., “Las uniones paramatrimoniales..“

LORENZO-REGO «Hacia la codificación de la pareja estable» en *Actualidad Civil*, número 19, 2010-2.

MARTIN PEREZ J. A. Profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca. *Uniones de hecho: derechos sucesorios del conviviente supérstite*. Artículo del libro "*Uniones de hecho*" de MARTINELL J. M. y ARECES PIÑOL M^a. Ediciones Universidad de Lleida. 1998.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. C. Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia, 2^a edición 2008.

MESA MARRERO. *Las uniones de hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*. Edit. Aranzadi. 2006.

MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: "La disolución de la unión no matrimonial. Efectos" en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Manuales de Formación Continuada 28-2004, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 2005.

MORENO MOZO F. *Cargas del matrimonio y alimentos*. Edit. Comares. Granada. 2008.

MORENO QUESADA B. "Las disposiciones testamentarias con causa ilícita", A.D.C, 1967.

O'CALLAGHAN. X. Compendio de Derecho Civil Tomo IV Derecho de Familia, 6^a edición 2006.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: "El nuevo régimen jurídico..." .

PANIZO ORALLO «¿Tienen futuro el matrimonio y la familia? Ensayo filosófico-judico» en *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y de la familia* , AA.VV., CEU Ediciones, Madrid 2009.

PANIZA FULLANA A.; Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil. Universidad de las Illes Balears. Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de las Illes Balears. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 10/2015 parte Comentario. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2015.

PANTALEON PRIETO A. F. ¿Derechos sucesorios abintestato del compañero o compañera en la compilación de Derecho Civil de Cataluña?

PARRA LUCAN, M.A.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la persona, familia y sucesiones", en 11º Congreso Notarial Español, 2011.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia. Madrid*, 1989.

PÉREZ CONESA, C., «Inconstitucionalidad del inciso “favorable” del artículo 92.8 CC. en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil , enero 2013, nº 9.

PEREZ ESCOLAR. *Derechos sucesorios del conviviente supérstite. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003.* Actualidad Civil. 2004.

PEREZ MARTIN ANTONIO JAVIER “Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual”. Tratado de Derecho de Familia. Edit. Lex Nova.

PEREZ-SALAZAR RESANO MARGARITA. La pensión de alimentos en los supuestos de custodia compartida. *Abogados de Familia*, año XVII, nº 64, 19-04-2012.

PEREZ UREÑA, A. “Las relaciones patrimoniales de las parejas de hecho. Praxis jurisprudencial.” *EL DERECHO.COM*

PÉREZ VILLALOBOS, *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho* (BIB 2008, 224).

PINTO ANDRADE C. *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho.* Edit. Bosch. 2008.

POUS DE LA FLOR M^a PAZ. “Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho”. *Revista crítica de Derecho Inmobiliario.*

PUIG PEÑA, *Voz Alimentos*, en Enciclopedia Jurídica Seix, II, 1950

PULIDO QUECEDO MANUEL. Doctor en Derecho. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 865/2013 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2013.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F. «Reflexiones sobre los deberes paterno-filiales». En «Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Luis Díez Picazo». Tomo III. Thomson Civitas. 2003.

REBODELLO VARELA A. L. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol. III.
BIB 1995\164

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Comentario a la STS de 29 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7341).*

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Catedrático de Derecho Civil. Abogado. Grandes Tratados. Comentarios al Código Civil. BIB 2009\1705. *Editorial Aranzadi*, S.A.U., Enero de 2009.

RODRÍGUEZ BOENTE «Matrimonios y parejas de hecho: ¿equiparación o distinción?» en *Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho*, Castillejo Manzanares (Dir.), Editorial Aranzadi, Navarra, 2012 (BIB 2012, 594)

ROMERO COLOMA A. M. Doctora en Derecho. Abogada. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones. Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi num. 814/2011 parte Opinión. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.

ROMERO PAREJA. *Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales*. Diario de la Ley, nº 5757. Año XXIV, 9 abril 2003. Ref. D-84

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Comentario a la STS de 29 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7341)*, CCJC, 1998, núm. 46.

SALAZAR BORT, profesor de Derecho Civil de la Universidad Jaime I de Castellón. *Diario La Ley* nº 5770, Año XXIV, 29 Abril 2003.

SERRANO CHAMORRO M^a EUGENIA. *Las parejas de hecho y su marco legal*. Edit. Reus. S.A. Reus. 2014.

SEOANE PRADO, Javier: “Liquidación de patrimonios comunes” en *Las uniones estables de pareja*, Cuadernos de Derecho Judicial I-2003.

SOUTO GALVÁN. B. *Las Uniones de Hecho en Derecho comparado*, 1^o Edición 2002.

TENA PIAZUELO Isaac. "Atribución del uso de domicilio, tras la ruptura de la convivencia".

TORRES ESCÁMEZ. Notario de Almería. Profesor asociado a Derecho Civil de la Universidad de Almería. *La sucesión mortis causa del conviviente more uxorio*.

TOMAS MARTÍNEZ. *La valoración del trabajo en el propio hogar en la ruptura de una pareja de hecho*. Aranzadi Civil. 2003-III.

UREÑA MARTÍNEZ M. Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Castilla-La Mancha. Publicación:Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil num. 94/2014 parte Sentencias. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2014.

VALPUESTA FERNÁNDEZ *Comentario a la STS de 22 de junio de 1993*", CCJC, núm. 3, 1993,

VILALTA NICUESA. A. E. Parejas de Hecho (Uniones estables de Pareja), 2ª Edición.

VILLAR CAÑADA Isabel María. Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén. Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 9/2010. Edit. Aranzadi, S.A.U. Cizur Menor. 2010.

VILLAGRASA ALCAIDE CARLOS. Derecho de familia, capítulo 14, las parejas de hecho. Edit. Boch. 2011.

VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Madrid (1986).

ZURRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA LUÍS. Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja. Edit. Boch. 2013.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA LUÍS. Abogado y Presidente de Zarraluqui Abogados de Familia. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 921/2016 parte Opinión. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2016.

ZURILLA CARIÑANA MARÍA DE LOS ÁNGELES. Profesora Titular de Derecho

Civil. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 22/2007 parte Estudio.
Edit. *Aranzadi*, S.A.U., Cizur Menor. 2007.

ZUÑIGA Angeles. La custodia compartida. Revista jurídica "escritura pública".
Dialnet, ISSN 1695-6508, Nº. 78, 2012.

GLOSARIO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO ESTUDIADAS:

sentencia de 8 de marzo de 1918

sentencia de 2 de abril de 1941

sentencia de 9 de octubre de 1981

sentencia de 1 de febrero de 1982

sentencia de 13 de junio de 1986

sentencia de 19 de noviembre de 1990

sentencia de 2 de septiembre de 1991

sentencia de 18 de mayo de 1992

sentencia de 21 de octubre de 1992

sentencia de 11 de diciembre de 1992

sentencia de 18 de enero de 1993

sentencia de 8 de Febrero de 1993

sentencia de 18 de febrero de 1993

sentencia de 22 de julio de 1993

sentencia de 11 de octubre de 1994

sentencia de 20 de octubre de 1994

sentencia de 24 de noviembre de 1994

sentencia de 27 de mayo de 1994

sentencia de 30 de diciembre de 1994

sentencia de 18 de marzo de 1995

sentencia de 17 de septiembre de 1996

sentencia de 16 de diciembre de 1996

sentencia de 4 de marzo de 1997

sentencia de 4 de abril de 1997

sentencia de 19 de junio de 1997

sentencia de 29 de octubre de 1997

sentencia de 10 de marzo de 1998

sentencia de 27 de mayo de 1998

sentencia de 4 de junio de 1998

sentencia de 23 de julio de 1998

sentencia de 18 de marzo de 1999

sentencia de 12 de junio de 2000

sentencia de 12 de julio de 2000

sentencia de 22 de enero de 2001

sentencia de 27 de marzo de 2001

sentencia de 5 de julio de 2001

sentencia de 16 de julio de 2002

sentencia de 17 de junio de 2003

sentencia de 18 febrero 2003

sentencia de 26 de febrero de 2004

sentencia de 14 de mayo de 2004

sentencia de 27 de mayo de 2004

sentencia de 7 de julio de 2004

sentencia de 23 de noviembre de 2004

sentencia de 12 septiembre 2005

sentencia de 6 de octubre de 2005

sentencia de 5 de diciembre de 2005

sentencia de 26 de enero de 2006

sentencia de 22 de febrero de 2006

sentencia de 26 de mayo de 2006

sentencia de 6 de octubre de 2006

sentencia de 19 de octubre de 2006

sentencia de 7 de noviembre de 2006

sentencia de 4 de julio de 2007

sentencia de 7 de septiembre de 2007

sentencia de 5 de octubre de 2007

sentencia de 8 de mayo de 2008

sentencia de 30 de octubre de 2008

sentencia de 6 de octubre de 2011

sentencia de 16 de junio de 2014

sentencia de 16 de diciembre de 2015

sentencia de 20 de septiembre de 2016

sentencia Sala de lo Social de 8 de noviembre de 2016