

José Manuel SUÁREZ ROBLEDANO
Magistrado

• **ENUNCIADO:**

Habiendo terminado la convivencia que mantuvo durante un prolongado número de años una pareja heterosexual, sin haber llegado a contraer matrimonio entre sí, la conviviente plantea cuáles pueden ser las consecuencias indemnizatorias o de pensión derivadas de dicha ruptura, efectuando la correspondiente consulta en el bufete de abogados que elige libremente a tal efecto. En el supuesto planteado, la conviviente considera que su dedicación a la familia de hecho existente con anterioridad, que se prolongó durante mucho tiempo, ha de dar lugar a la correspondiente satisfacción económica en tanto que, de otra forma, existiría un desequilibrio entre dicha dedicación y la ruptura producida de forma súbita e inopinada.

El abogado consultado, no obstante, considera que la inexistencia de normas jurídicas que regulen la situación crea una gran inseguridad jurídica y le expone a la conviviente citada diversas opiniones que se sustentan para resolver la cuestión, incluyendo la problemática de una liquidación de los bienes que deriva de la convivencia producida.

Hay que tener en cuenta, además, que durante la unión de hecho habida nacieron una niña y un niño, siendo la primera mayor de edad en la actualidad, y que la conviviente se ha hecho cargo de la custodia del niño menor de edad por mutuo acuerdo con su anterior pareja. La hija común mayor de edad también vive con la madre una vez producida la ruptura de la relación de hecho que existió antes.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. ¿Resulta posible la solicitud de medidas judicialmente acordadas derivadas de la ruptura producida de la unión de hecho?
2. ¿Cuáles son las normas que regulan la liquidación posterior de las uniones de hecho en sus aspectos patrimoniales surgidos durante ellas?
3. ¿En el caso de tratarse de pareja homosexual, cuál sería el régimen jurídico aplicable a la posible ruptura de la relación de hecho?

• **SOLUCIÓN:**

1. Para poder concluir en la posible existencia de una reparación económica indemnizatoria global derivada de la convivencia de hecho finalizada hay que partir de la posible aplicación al caso propuesto, a falta de matrimonio, de la doctrina del enriquecimiento injusto a la ruptura producida y a la dedicación pasada de la conviviente a la relación familiar habida.

Se ha de entender, de acuerdo con la más reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (TS), que si la conviviente dedicó un período prolongado de su vida al otro y a los hijos comunes, desatendiendo sus expectativas laborales y personales con la finalidad de la atención familiar referida, produciéndole un beneficio al posible demandado, resulta procedente la fijación de una indemnización global a cargo del mismo y a favor de aquélla derivada de dicho enriquecimiento injusto.

Ello ha de ser así incluso aunque no se citara expresamente la doctrina del enriquecimiento injusto en la demanda que se pueda presentar puesto que los poderes de oficio del Juez se manifiestan, precisamente, con mayor intensidad en el ámbito de la aplicación del derecho al caso controvertido, sin incidir en cambio de pretensión (*iura novit curiae, da mihi factum, dabo tibi ius*). Con referencia, concretamente, a un supuesto de unión de hecho o convivencia *more uxorio*, la Sentencia del TS de 16 de diciembre de 1996 aclara que «el cambio del punto de vista jurídico por regla general no comporta causa casacional ya que la elección de la norma aplicable es función propia del oficio de juzgar. Se produce anulación, cuando el cambio de normas aplicables en razón de lo pedido por las partes supone alteración de la *causa petendi* o mutación de la pretensión con reflejo consecuente en la defensa de la parte sorprendida y en la congruencia de la sentencia. No ha, por ello, de confundirse la variación de los fundamentos jurídicos, salvo en el caso señalado, con ningún quebrantamiento de forma, con independencia, desde luego, de que se aplique o interprete adecuadamente la norma a los hechos probados». Del caso tal, como aparece formulado, no se infiere el ejercicio de una acción determinada, con exclusión de otras, sino la fijación de una pretensión material, respecto de la que cabe una concurrencia normativa, muy hábil, por cierto, dada la ausencia de una regulación específica de las «parejas de hecho» y de los efectos económicos derivados de la convivencia, sobre cuya situación se han producido diversas líneas de interpretación jurisprudencial y diferentes opiniones doctrinales. Ante la actual falta de regulación general o codificada del régimen jurídico de las denominadas uniones de hecho, a las que gozan de estabilidad se ha venido estimando que en aplicación de los principios generales civiles y con la finalidad de evitar que una de las partes sufra perjuicios injustos han de aplicársele soluciones acordes con los principios constitucionales de igualdad y dignidad así como de protección de la familia. Se han dictado varias Leyes en algunas Comunidades Autónomas aunque ya, con anterioridad, se había establecido por el TS la procedencia de aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto a los casos de convivencia determinante del aumento patrimonial del demandado, derivado del empobrecimiento de aquélla derivada de la no retribución por el trabajo derivado de la atención doméstica y de las relaciones sociales del demandado.

Se ha de advertir sobre la general improcedencia establecida por el TS, aunque alguna Audiencia española haya sostenido ya lo contrario, de la aplicación del régimen jurídico de los gananciales aun por analogía, por estimarse que la protección social y jurídica de la familia no permite aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho. Sobre el establecimiento de una indemnización derivada de la ruptura de la convivencia en las parejas de hecho, la legislación autonómica ha establecido lo siguiente:

1.^a Cataluña: se reconoce en ella una compensación económica en el caso de cese de la convivencia y a favor del conviviente sin retribución o con retribución insuficiente, que haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente sin retribución, generándose una situación de desigualdad que implique un enriquecimiento injusto (art. 13 de la Ley de 15 de julio de 1998, sobre Uniones Estables de Pareja). La compensación referida ha de pagarse en metálico o, de haber acuerdo en tal sentido o decidido por el Juez, que se pague en bienes del obligado. Se paga en un máximo de tres años con interés legal desde su reconocimiento.

2.^a Aragón: también se reconoce el derecho a exigir una compensación económica por el conviviente perjudicado si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto (art. 7.º de la Ley de 26 de marzo de 1999, sobre Parejas Estables No Casadas). Se reconoce, al propio tiempo, una pensión alimenticia.

3.^a Navarra: el conviviente que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado en el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en el caso de que se haya generado por este motivo una compensación económica derivada de una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto (art. 5.º de la Ley de 3 de julio de 2000, sobre la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables). También se reconoce en ella la posible pensión periódica para atender adecuadamente el sustento del conviviente.

4.^a Baleares: se reconoce una compensación económica a favor del conviviente perjudicado al que la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos que implique un enriquecimiento injusto, siempre que haya contribuido económicamente con su trabajo a los bienes comunes o privativos del otro, o que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia (Ley de 19 de diciembre de 2001, de Parejas Estables). También se establece una pensión periódica.

5.^a Madrid: sólo si se ha pactado se establece el derecho a una compensación económica, cuando el cese de la convivencia produzca un desequilibrio económico en relación a la posición del otro que implique un empobrecimiento respecto de la situación anterior, teniéndose en cuenta las circunstancias del artículo 97 del Código Civil (CC) (Ley de 19 de diciembre de 2001, sobre Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid).

Lo cierto es que, en base a los precedentes señalados y a la línea seguida por las leyes autonómicas referidas, será perfectamente posible fundar la reclamación judicial en la aplicación analógica del derecho. Especialmente, la norma del artículo 97 del CC sobre desequilibrio económico para la fijación de una posible pensión compensatoria. También en la contenida en el artículo 1.438 del mismo CC que, referido al régimen de separación de bienes, establece, salvo pacto en contrario, que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación judicialmente señalada. Para la protección adecuada del conviviente perjudicado por la ruptura, se puede fundar también la analogía en lo previsto sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de garaje asignada a la vivienda. La compensación económica concedida al conviviente que quede en peor situación económica será la que se fije prudencialmente por el Juez para facilitar y ayudar al tránsito a la nueva situación de hecho creada. Respecto a la atribución de la vivienda familiar del artículo 96 del CC, se ha de concluir en que la imposibilidad de atribuirle, en su caso, ha de dar lugar a la sustitución de dicha prestación por su equivalente económico o patrimonial mediante la indemnización razonable. En conclusión, podrá reclamarse una compensación económica global en concepto de indemnización compensatoria por ruptura de la convivencia de pareja estable antes existente, y otra diferente por el importe de la duración del alquiler que deba sufragar la conviviente, al no podersele entregar el uso de la que fue vivienda familiar para sí y para sus hijos. También resulta posible, a opción que ha de determinar el Abogado, que presente la reclamación judicial, la solicitud de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en dinero o en bienes en atención a la norma aplicable por analogía del artículo 99 del CC.

2. Los efectos inmediatos derivados de la ruptura son, además de los examinados, los propios de una liquidación patrimonial surgida durante la existencia de la convivencia de la pareja, de la que se ha producido su terminación. Como ya se ha anticipado antes, se ha de advertir sobre la general impro-

cedencia establecida por el TS, aunque alguna Audiencia española haya sostenido ya lo contrario, de la aplicación del régimen jurídico de los gananciales aun por analogía, por estimarse que (STS de 20 de octubre de 1994) esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho «la protección social y jurídica de la familia a que se refiere el artículo 39.1 de la Constitución, no permite aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho como reiteradamente ha dicho esta Sala en sentencias, como por ejemplo, de 18 de febrero de 1993, y el Tribunal Constitucional (sentencia de 19 de noviembre de 1990), aunque esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho, máxime las de larga duración, como la presente, pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación, bien por aportación a la creación de un patrimonio, o con apoyo en el enriquecimiento injusto o en algún otro precepto incluso aplicable por analogía».

En su consecuencia, hay que estar a la aplicación de la doctrina contenida, entre otras, en la Sentencia del TS de 22 de enero de 2001 en el sentido consistente en que del hecho de que exista una convivencia *more uxorio* no se puede deducir sin más aquella voluntad de existencia de una comunidad de bienes en la unión; 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 1.255 del 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, si se acredita, por ejemplo, que existió una comunidad de bienes, con recíprocas aportaciones durante su existencia a cuentas corrientes o a la misma adquisición de bienes inmuebles habrán de repartirse las cuotas o los valores correspondientes a dichas aportaciones en la misma forma que la propia liquidación de un *pro indiviso* o comunidad ordinaria establecida en los artículos 392 y siguientes del CC. Ello es así porque la comunidad de bienes de que se trata no arranca de un pacto expreso, que ciertamente no existió, sino de un pacto tácito, deducible de la prueba practicada y que arranca de la convivencia en común, tan intensa como en el matrimonio mismo pero ausente de cualquier formalidad. Se pone de manifiesto, de esa manera, que la existencia del pacto tácito constitutivo de la comunidad se hace derivar, de un lado, de la existencia de la convivencia *more uxorio* entre la demandante y el demandado y, de otro lado, de una serie de conjeturas o suposiciones que, en modo alguno, pueden calificarse como conclusiones obtenidas mediante la prueba de presunciones, en los términos en que las mismas se regulan en los artículos 1.249 y 1.253 del CC.

3. Para el hipotético supuesto de relación de hecho homosexual hay que partir de la práctica inexistencia de doctrina jurisprudencial, salvo en lo referente a los supuestos de subrogación en la relación jurídica arrendaticia, y de regulación legal, con la excepción del contenido de las leyes autonómicas antes referidas y de algunas otras. Pasamos, pues, al análisis de sus principales disposiciones, no sin dejar de recordar que resulta previsible una regulación general de mínimos en toda España con la finalidad de evitar supuestos de carácter discriminatorio que se están produciendo en este momento. Tratamos, por último, de resolver la situación legal de la posible adopción en este momento:

1.^a Cataluña: la Ley antes citada regula también las uniones homosexuales al establecer que se exige convivencia y manifestación de voluntad de acogerse a la Ley por escritura pública otorgada conjuntamente, sin que puedan hacerlo los menores de edad, los ligados por vínculo matrimonial, los que ya formen una unión estable de pareja con otra persona, los parientes por consanguinidad o adopción en línea recta y los colaterales dentro del segundo grado. Uno de los convivientes ha de tener vecindad civil catalana. Se aplican las reglas generales de las uniones heterosexuales antes examinadas.

2.^a Aragón: se exige la convivencia durante, al menos, dos años o la voluntad de constituir la por escritura pública. No se reconoce un derecho de uso de la vivienda familiar, debiendo estarse, por lo demás, al régimen aplicable a las uniones heterosexuales antes examinadas.

3.^a Navarra: se exige un tiempo mínimo de convivencia de un año a menos de haber manifestado su voluntad en documento público, siendo imprescindible la vecindad civil navarra, de uno de los convivientes al menos. Se reconoce la posibilidad de adopción por parte de la pareja homosexual. Aunque hay que tener en cuenta que la Ley ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional que, aunque admitió a trámite el recurso por Auto de 31 de octubre de 2000, no suspendió la vigencia de la norma pudiéndose plantear problemas futuros en el caso de adopciones tramitadas con arreglo a lo establecido en la Ley.

4.^a Valencia: la Ley de 6 de abril de 2001 exige la inscripción constitutiva en el Registro establecido al respecto, exigiéndose el empadronamiento de, al menos, uno de los convivientes en la Comunidad Valenciana. Se admiten los pactos sobre sus relaciones económicas aplicándose, en su defecto, la presunción de que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de dicha unión en proporción a sus recursos. Se reconocen derechos equiparados al matrimonio respecto de los beneficios otorgados al personal público de la Generalitat.

5.^a Baleares: también se establece la inscripción constitutiva y la libre posibilidad de pactos de carácter económico. En cuanto a la sucesión testada e intestada tienen los mismos derechos que el cónyuge superviviente en el derecho foral. También se reconocen derechos de naturaleza pública.

6.^a Madrid: se exige convivencia de, al menos, 12 meses acreditada por dos testigos y la inscripción en el Registro correspondiente, exigiéndose el empadronamiento de uno al menos en la Comunidad. Existe equiparación a los cónyuges en los derechos públicos.

7.^a Asturias: por la Ley de 23 de mayo de 2002 se exige la convivencia al menos por un año o documento público o descendencia común o inscripción en el Registro sin carácter constitutivo. Permite el acogimiento de menores conjunto en régimen simple y permanente.

8.^a Andalucía: la Ley de 16 de diciembre de 2002 establece la unión sin necesidad de registro, plazo de convivencia o descendencia común. Se exige la residencia habitual de uno de ellos en Andalucía. Se les reconocen derechos públicos.

Por ello, todas las regulaciones contenidas en las legislaciones autonómicas mencionadas prohíben la adopción conjunta de la pareja homosexual, con la excepción de la legislación navarra en los términos antes mencionados. La Ley de Asturias les reconoce el acogimiento simple y el permanente.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **STC de 19 de noviembre de 1990.**
- **SSTS de 12 de diciembre de 1980, 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, 18 de enero, 18 de febrero y 22 de julio de 1993, 20 de octubre de 1994, 16 de diciembre de 1996, 10 de marzo de 1998 y 22 de enero, 27 de marzo y 5 de julio de 2001.**
- **SSAP de Córdoba de 29 de abril de 1998, de Salamanca de 18 de febrero de 1999, de Barcelona de 25 de octubre de 1999 y de Valencia (Secc. 7.^a) de 4 de julio de 2000.**