

EFICACIA JURÍDICA DE LAS UNIONES DE HECHO EN DERECHO ESPAÑOL

ALBERTO PANIZO Y ROMO DE ARCE
Universidad Complutense de Madrid

1. CONCEPTO

De la unión de hecho puede darse un concepto estricto y un concepto amplio. En sentido estricto, ha sido definida por la doctrina¹ como la unión de hombre y mujer, sin necesidad de formalidades en su constitución, que se manifiesta externamente y que conforma una comunidad de vida, continuada y estable, en un mismo hogar. Este concepto estricto ha sido el recogido por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre que modifica el Código Civil en materia de adopción conjunta por cónyuges, dado que su disposición adicional tercera amplía la posibilidad de adopción conjunta por los unidos en matrimonio, también «al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal».

La acepción amplia del concepto de unión de hecho está en íntima relación con el concepto, muy elaborado, de matrimonio, ya que el matrimonio, en cuanto realidad social y natural, durante siglos ha sido contemplado, regulado y protegido por el Derecho aun cuando no siempre ese Derecho haya sido el Derecho Civil. Sin embargo, desde la Ley 30/1981, de 7 de julio, que reforma el Código Civil en materia matrimonial, puede afirmarse que en nuestro ordenamiento jurídico vigente sólo se regula un matrimonio, el del Código Civil, que permite, en cuanto a su forma, tanto

¹ Vid. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Convivencia more uxorio, estipulaciones y presunciones», en la obra *Centenario del Código Civil (1989)*, tomo I, pp. 1061 y ss.

la que prevé el propio Código Civil como la que establece la religión católica (el matrimonio canónico) u otra religión inscrita, en los términos acordados con el Estado o autorizados por Ley, no alcanzando estos últimos más que un reconocimiento a nivel estrictamente formal.

Pues bien, el matrimonio puede ser entendido como acto y como estado. En cuanto acto constitutivo, creador del *status* matrimonial, es un negocio jurídico bilateral y formal por el que un hombre y una mujer declaran su voluntad de constituir una relación estable y prolongada de convivencia plena. De esta definición y de su regulación por el Derecho Civil se desprenden sus caracteres: unidad, bisexualidad, estabilidad y finalidad de plena comunidad de vida.

En la unión de hecho pueden darse las notas de unidad, bisexualidad y estabilidad, si bien las de finalidad de pervivencia y plena comunidad de vida no dejan de ser accesorias y en muchos casos meramente circunstanciales. La diferencia que se advierte con el matrimonio es que falta su constitución legal, lo que implica su falta de consideración y sanción jurídica o, lo que es lo mismo, el Derecho no la regula aun cuando produzca efectos jurídicos, toda vez que no estamos ante una institución con las notas esenciales características de la unión matrimonial, sino ante un sucedáneo.

Pues bien, en sentido amplio, el concepto de unión de hecho parte de que se da una convivencia que, respecto al matrimonio, puede ampliarse en tres frentes: el sexo, la unidad y el parentesco. Y así, en cuanto al sexo, la unión de hecho puede ser heterosexual u homosexual, posibilidad que aparece expresamente reconocida en la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, en varios de sus preceptos (dicha Ley concede ciertos derechos a aquellas *personas que conviven de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge*); en segundo lugar, la unión de hecho puede ser monógama o no; y, por fin, puede darse entre parientes, en cualquier grado, entre sí.

Por fin, cabe todavía un concepto negativo de unión de hecho como la convivencia no constituida en forma solemne que se exige para el matrimonio, bien porque no se quiere (caso de la unión de hecho en sentido estricto), bien porque no se puede (caso de la unión de hecho en sentido amplio); su concepto positivo se centra, pues, en la convivencia, ya sea la unión de hecho en sentido estricto o en sentido amplio ².

² Vid. O'CALLAGHAN, X., «Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho», en *Consecuencias Jurídicas de las Uniones de Hecho*, pp. 15 y ss., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

2. CALIFICACIÓN JURÍDICA

Partiendo de la ya clásica distinción que hiciera Ferrara entre hecho, hecho jurídico y negocio jurídico, puede afirmarse que, frente al matrimonio como negocio jurídico bilateral y formal por el que un hombre y una mujer declaran su voluntad de constituir una relación estable de convivencia plena, la unión de hecho es un hecho jurídico.

Mientras que el matrimonio se encuentra orgánicamente regulado por el Derecho Civil, que forma la institución matrimonial, la unión de hecho es un *factum* consistente en una convivencia que como tal no está regulado por el Derecho, si bien, los efectos jurídicos que tal convivencia produce o puede producir, califican al hecho de jurídico; esos efectos pueden ser muy variados y regulados, bien directamente por el ordenamiento, como la filiación, bien indirectamente como los perjuicios patrimoniales. Se trata, en definitiva, no de regular un hecho, sino de prever las consecuencias del mismo y regularlas jurídicamente en atención o para evitar los perjuicios a la persona que puede resultar desfavorecida o perjudicada por la situación en que consiste la convivencia y que, como consecuencia de su previsión jurídica, la califican como hecho jurídico.

Al ser un *factum* la convivencia, no cabe, como en el matrimonio, distinguir entre acto constitutivo y estado procedente de aquel acto. Ello permite concluir que la unión de hecho es un estado fáctico al que le falta la forma *ad solemnitatem* exigida por el ordenamiento jurídico para el matrimonio, por lo que éste no existe, tan solo pervive la unión a voluntad de las partes, lo que puede conllevar alguna consecuencia jurídica para cuya efectividad será necesario acreditar la existencia del hecho de la unión, cuestión que tampoco se da en el matrimonio el cual, lógicamente goza del reconocimiento legal una vez constituido.

3. REGULACIÓN LEGAL DE LAS UNIONES DE HECHO: ASPECTOS COMPETENCIALES Y PROCESALES

Ante las uniones de hecho como fenómeno natural y social muy extendido en nuestros días (si bien no novedoso pues ya en Roma se contempla la unión de hecho con el nombre, no peyorativo, de *concupinatus*), son escasas las respuestas que los ordenamientos jurídicos ofrecen en orden a la regulación de las consecuencias que dicha convivencia necesariamente

origina en el tráfico jurídico, ya entre los propios integrantes de la pareja, ya respecto de los hijos fruto de la unión, ya respecto de terceros ajenos a la misma.

Tal y como ha quedado dicho, la ley no puede desconocer esa serie de posibles efectos cuya necesidad de regulación es especialmente sentida en los casos de ruptura de la cohabitación y que, en nuestro Derecho, el Código Civil sólo aborda de forma directa y específica, en sus facetas sustantivas, en el Título VII del Libro I, a propósito de las relaciones paterno filiales en general, guardando sin embargo el más absoluto silencio respecto de las vías procesales a través de las que encajar las pretensiones que al efecto se presenten en los Tribunales³.

Los primeros problemas que se plantean en relación con los pleitos derivados de la crisis de una unión de hecho son los relativos a la competencia de los órganos jurisdiccionales, tanto en el plano internacional como en el de la competencia objetiva y territorial:

– Competencia de la jurisdicción española: rige el artículo 22 LOPJ a cuyo tenor la competencia de los Jueces y Tribunales españoles vendría determinada por la sumisión expresa o tácita de los litigantes a los mismos; en defecto de sumisión, dicha asignación competencial está determinada por la ubicación en España del domicilio del demandado; finalmente, conocerá la jurisdicción española cuando, existiendo hijos fruto de dicha unión y refiriéndose la acción entablada a las relaciones paterno filiales, dicho descendiente tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España.

Son dos las ventajas de las que disfrutaban las uniones de hecho respecto de los matrimonios: primero, nuestro ordenamiento exige para los demandantes en uniones matrimoniales que se den simultáneamente las condiciones de ser español y residir habitualmente en España, mientras que para las uniones de hecho se ofrece una doble alternativa no condicionada. En segundo lugar, las uniones de hecho entre españoles en el extranjero no tienen impedimento alguno para someterse a la jurisdicción española ya por vía consensual ya por vía contenciosa, al contrario de

³ Vid. HIJAS FERNÁNDEZ, E., «Las uniones extramatrimoniales; aspectos competenciales y procesales», en *Consecuencias Jurídicas de las Uniones de Hecho*, pp. 535 y ss., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998. Vid. igualmente LÓPEZ MUÑOZ GOÑI, «Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia, guía práctica y jurisprudencia», Madrid, 1999.

lo previsto para los matrimonios que, en las mismas circunstancias, no podrán someterse a dicha jurisdicción salvo los casos de sumisión, al planteamiento de su petición por vía consensual.

– Competencia objetiva: corresponde a la jurisdicción civil, conociendo en primer grado jurisdiccional los Juzgados de Primera Instancia, según lo dispuesto en los artículos 85 LOPJ y 45 LEC 1/2000. Estos órganos son competentes para conocer de forma acumulada, en una misma *litis*, de cuantas acciones dimanen de la crisis de la pareja, ya sea entre los integrantes de la pareja, ya en relación con la prole habida en su unión, sin perjuicio de la incorporación de otras pretensiones (acumulación heterogénea) en los términos que previene el artículo 71 LEC, aunque ello sólo es posible respecto de las uniones de hecho pero no para los matrimonios.

Ahora bien, la situación se complica en aquellas ciudades en las que, al amparo del RD 1322/1981, de 3 de julio, se hayan creado Juzgados de Familia cuya competencia exclusiva, de acuerdo con su norma de creación y doctrina jurisprudencial reiterada, es el conocimiento y resolución de las acciones judiciales contempladas en los Títulos IV (matrimonio) y VII (relaciones paterno filiales) del Libro I del Código Civil, así como aquellas otras cuestiones que, en materia de Derecho de Familia, les sean atribuidas por ley. En estos casos, y por lo que a las uniones de hecho se refiere, los Juzgados de Familia conocerán exclusivamente de las acciones que afecten a los hijos sometidos a la patria potestad, debiendo someter las demás pretensiones derivadas de la crisis de la cohabitación a los Juzgados ordinarios de Primera Instancia, únicos competentes para la resolución de dichas cuestiones.

Esta solución, no creemos que esté en colisión con los lógicos principios de economía procesal y necesario tratamiento conjunto de tal problemática, pues como se ha encargado de recordar al Tribunal Supremo, Sent. de 8 de marzo 1993 y 2 de junio de 1994, cuando dice que *«los Juzgados de Familia tienen atribuida una competencia objetiva perfectamente delimitada y restrictiva. Su potestad jurisdiccional, que es exclusiva y excluyente en las localidades donde funcionan, solamente abarca las acciones previstas en los Títulos IV y VII del Libro I del Código civil y aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de Familia le sean atribuidas por las Leyes»*.

– Competencia territorial: tras la promulgación de la LEC 1/2000 en los procesos de menores, que versen exclusivamente sobre la guarda y

custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, es de aplicación directa lo dispuesto en su artículo 769.3, conforme al cual será competente el Juez de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores y, en caso de residir en distintos partidos judiciales, será, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de residencia del menor.

En relación con las restantes pretensiones individuales que pueden ser ejercidas dentro de la *litis* derivada de la crisis de la unión de hecho, regirá la regla general del artículo 50 LEC (competencia del Tribunal del domicilio del demandado) y las específicas para casos especiales previstas en su artículo 52.

El segundo grupo de problemas que se plantean como consecuencia de la ruptura de las parejas de hecho son los que afectan a los aspectos procesales sobre los que nuestro ordenamiento guarda absoluto silencio y que obliga a analizar la aplicabilidad de las fases procedimentales vigentes para la crisis matrimonial a las cuestiones derivadas de la crisis de la unión de hecho que, aun constituidas libremente y, por ello, al margen de cualquier sanción legal, generan una serie indudable de consecuencias jurídicas.

Pues bien, las medidas provisionales previas que regulan tanto el Código Civil como la LEC, concebidas con la finalidad de dar una respuesta ágil a situaciones de especial necesidad y urgencia, están constreñidas, con evidente lógica jurídica, a los supuestos de crisis matrimonial, habida cuenta de los deberes de convivencia, fidelidad y socorro mutuo que a los cónyuges impone el artículo 68 del Código Civil y cuyo injustificado incumplimiento puede tener graves sanciones tanto en el ámbito civil (art. 82.1 CC) como en el penal (arts. 226 y 227 CP), por lo que, la separación previa, sancionada judicialmente, tiende a evitar las referidas consecuencias, cosa que no ocurre cuando no existe consagrado un deber de convivencia que incumplir, ya sea en sede penal o en sede civil.

En los supuestos de parejas no casadas devienen inaplicables dichos trámites procesales al no existir los deberes recíprocos legalmente impuestos por el artículo 68 del Código Civil, de lo cual dimana la posible ruptura de la convivencia por la libre voluntad de uno de los miembros de la pareja sin las consecuencias sancionadoras previstas para el matrimonio, cuestión perfectamente lógica a nuestro entender toda vez

que no nos encontramos ante una institución cuya perdurabilidad esté sancionada por el Derecho.

No implica dicha exclusión procedimental una discriminación para los hijos habidos de la unión de hecho ya que sus derechos son objeto de un cauce ágil de protección al amparo del proceso de menores regulado en el Capítulo IV del Título I del Libro IV de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el mismo sentido cabe referirse a las medidas coetáneas de índole económica, en general, cuando afecten exclusivamente a los convivientes, cuya diferencia jurídica de trato con los cónyuges es una evidencia con consecuencias jurídicas tangibles.

Por otra parte, en cuanto al procedimiento principal, la Ley de Enjuiciamiento Civil regula, en el Capítulo IV antes referenciado, los procesos matrimoniales como procesos especiales para conocer de las demandas de separación, divorcio y nulidad, sustrayéndolos de las normas generales de la misma que, en otro caso, les serían aplicables. Por lo que en consecuencia, y en el plano de la ortodoxia jurídico-procesal, serán excluibles en España los pleitos intentados a partir de la crisis de la convivencia, en cuanto no se refieran a la prole, por aplicación analógica al existir para los mismos normas genéricas en las que pueden y deben tener acomodo las pretensiones dimanantes de la crisis convivencial.

El artículo 770.2 LEC reproduce, en materia de reconvenición, la excepción legal contenida en la Disposición Adicional 5.e) de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y dispone que *«sólo se admitirá la reconvenición cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio, a la separación o al divorcio o cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieren sido solicitadas en la demanda y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio»*, excepción legal a la general que rige en nuestro Derecho, fundada en la especial naturaleza de las cuestiones a dilucidar en esta clase de contiendas judiciales, con un trámite además singular y exclusivo, en el que el legislador ha entendido que no deben mezclarse cuestiones ajenas a las que deben constituir la *litis* matrimonial.

En los litigios derivados de uniones de hecho tampoco serían aplicables tales excepciones reconventionales en cuanto no existe en los mismos debate ni pronunciamiento alguno sobre el estado civil pseudomrimonial, inexistente legalmente. En segundo lugar, las restricciones previstas en el apartado 2 del artículo 770 LEC tienen, como se ha

expuesto, carácter excepcional y por tanto no pueden ser aplicadas sino a los casos expresamente previstos en las mismas. Es por todo por lo que en los pleitos motivados por crisis convivenciales, por la parte demandada sólo se podrán articular, por vía reconvenzional, expresa o tácitamente, nuevas pretensiones que afecten a los hijos comunes o a las relaciones jurídicas entre los mismos convivientes, siempre que tal posibilidad se contemple en el procedimiento específico entablado. En cualquier caso, y como ya se ha anticipado, dicha posibilidad procedimental tiene el límite del posible conocimiento de la *litis* por los Juzgados de Familia que no tienen más competencias que las derivadas de las acciones entabladas al amparo de los Títulos IV y VII del Código Civil.

Por otra parte, es frecuente en la práctica, que en la dinámica procedimental de este tipo de contiendas, las partes lleguen a un pleno acuerdo sobre las consecuencias personal y patrimoniales de su ruptura convivencial. Desde un punto de vista sustantivo esta posibilidad está reconocida en el artículo 80.1 del Código Civil, en cuyo artículo 90, además, se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones entre los cónyuges para después de la separación matrimonial, al admitirse la posibilidad de convenios reguladores que, según se dispone, serán aprobados por el Juez, «salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges».

Pues bien, ha de tenerse en cuenta que, a diferencia de los pleitos matrimoniales, en los que el convenio regulador requiere un contenido mínimo contemplado en el artículo 90 CC, en cuanto se trata de establecer los aspectos complementarios inherentes al nuevo estado civil, sin que pueda sustraerse ninguno de los que afectan a la prole, en los litigios dimanantes de las uniones de hecho es posible, en principio, debatir aspectos parciales de las relaciones paterno filiales, por lo que en ellos la transacción de las partes podría limitarse a la regulación de los mismos para su posterior sanción por parte de la autoridad judicial. Por lo demás, sobre la base de la plena capacidad de las partes, los acuerdos celebrados por quienes han roto su convivencia sólo podrían ser rechazados por el Juez cuando entraran en abierta colisión con las reglas que en nuestro Derecho civil contempla la libertad de pacto en el artículo 1255 CC, que consagra el principio de autonomía de la voluntad de las partes, siempre que quedara salvaguardado el interés familiar y los derechos del menor. En cuanto al *iter* procedimental, tampoco en este caso parece que pueda

admitirse, en pura ortodoxia jurídico-procesal, la aplicación analógica de los procesos matrimoniales por las mismas razones antes expuestas.

Por lo demás, el artículo 525 LEC establece que «no serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional, 1.º las sentencias dictadas en los procesos sobre [...] filiación, nulidad del matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil [...], salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso». Es cierto que estas limitaciones no tienen aplicación en los pleitos motivados por la crisis convivencial pues no afectan al estado civil de los integrantes de la pareja que no ha existido como tal en el ámbito institucional, tan solo podrían operar sobre una relación paterno filial perfectamente predeterminada en el ámbito legal circunscrita a las obligaciones de las partes para con sus hijos en el ámbito asistencial y crematístico.

4. LAS UNIONES DE HECHO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

4.1 Ámbito propio de la Seguridad Social

Por lo que a la pensión de viudedad se refiere, el artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, prescribe, entre las prestaciones por muerte y supervivencia, la pensión de viudedad, previéndose como beneficiario de la misma el «cónyuge superviviente». Asimismo establece que en los supuestos de separación y divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio. Estos derechos quedan sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil (que el pensionista contraiga nuevo matrimonio o conviva maritalmente con otra persona), si bien tiene declarada reiterada jurisprudencia que la unión de hecho de quien cobra pensión de viudedad no la extingue.

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 10.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modifica los preceptos del Código Civil relativos al matrimonio, «*quienes no hubieran podido contraer*

matrimonio por impedimentos de la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a los que se hace referencia en el apartado primero de esta Disposición (prestaciones de la Seguridad Social) y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el párrafo siguiente (pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento)». La jurisprudencia aplica dicha Disposición a los supuestos de fallecimiento ya vigente la nueva Ley, cuando los interesados, con su actuación, evidencian su decisión de someterse a las previsiones de aquélla, habiendo sido circunstancias ajenas a ellos las que habrían impedido acogerse a la nueva legalidad.

Las uniones de hecho comprendidas en las previsiones de la transcrita Disposición son, en primer lugar, las habidas en el tiempo en que estuvo prohibido el divorcio y, en segundo lugar, aquellas que cumplan una serie de requisitos acordes con la interpretación de la referida Disposición; a saber: aquellas que impliquen pareja propiamente dicha (esto excluiría la consideración de uniones de más de dos personas); estabilidad de la convivencia (no se determina un tiempo mínimo de convivencia pero ha de ser dentro del período mencionado relativo a la prohibición de ulterior matrimonio ante la inexistencia de divorcio, debiendo de producirse el fallecimiento de uno de los unidos en pareja de hecho antes de la entrada en vigor de la legislación divorcista); vinculación afectivo-sexual (expresión de la formación de una familia, en este supuesto extramatrimonial) y heterosexualidad⁴. Todas las demás uniones paramatrimoniales que no reúnen los requisitos mencionados quedan fuera de las previsiones de la Disposición adicional 10.^a, cuya constitucionalidad ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por el TC, en cuanto no vulneradora de la igualdad proclamada por el artículo 14 de la Constitución y así, «nada impide que las previsiones de la mencionada Disposición puedan extenderse a uniones distintas de las contempladas, lo que no implica que la opción contraria sea inconstitucional».

Otras desigualdades de trato jurídico en el ámbito normativo de la Seguridad Social son las relativas al subsidio de desempleo por cargas

⁴ Vid. CACHÓN VILLAR, *Uniones de hecho en las relaciones laborales, Consecuencias Jurídicas de las Uniones de Hecho*, pp. 377 y ss., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998. Vid. asimismo, TAMAYO MUÑOZ, C., «La incidencia de las uniones de hecho en la pensión de viudedad», en *Revista General de Derecho*, septiembre 1996.

familiares, al que no tienen derecho las parejas de hecho, y las que conciernen al campo de aplicación del sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva, en el que se menciona por el artículo 7, entre otros, a los trabajadores por cuenta ajena si bien no tendrá dicha consideración, salvo prueba en contrario, el cónyuge del empresario, si está ocupado en su puesto de trabajo y conviviendo con él; la referencia legal al cónyuge excluye de las previsiones de dicho artículo al que convive de hecho con el empresario, que será en todo caso reputado trabajador por cuenta ajena.

4.2 Ámbito de las relaciones laborales

A efectos de calificación de trabajos familiares según el artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores, por los mismos razonamientos expuestos más arriba, no se reputará trabajo familiar al de un miembro de la pareja de hecho que, conviviendo juntos, sea empleado por el otro, al ser utilizado por el mencionado artículo el término preciso de «cónyuge».

A la misma conclusión conduce el artículo 40.3 del Estatuto, relativo al derecho del cónyuge a ser trasladado a la misma localidad cuando el otro ya lo haya sido, implicando cambio de residencia; el término «cónyuge» impide la aplicación de este precepto y, por tanto, el reconocimiento de tal derecho a las uniones de hecho en las mismas condiciones.

5. ASPECTOS ECONÓMICOS DE LAS UNIONES DE HECHO FRENTE A TERCEROS

Ante el interrogante sobre cuál ha de ser el sistema por el que deben regirse las relaciones económicas entre los miembros de una pareja en la que no existe vínculo entre sus miembros, y las de éstos con terceros, el ordenamiento jurídico español no se ocupa en absoluto de la cuestión, de modo que la solución ha de buscarse por la vía, no siempre coincidente, de las decisiones judiciales.

La posición del Tribunal Supremo parte de la afirmación de la imposible aplicación analógica de las normas reguladoras del matrimonio a las uniones de hecho pues, además de no darse la misma situación ni concurrir la semejanza o identidad de razón, el uso de la analogía supon-

dría subvertir los principios informadores del derecho e incidir en una auténtica creación judicial del derecho.

A falta de dicha equivalencia, es reiterada jurisprudencia que son los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados los que patentizan o exteriorizan su voluntad de regir las relaciones patrimoniales por cualquiera de los regímenes legales del Código Civil o de los Derechos forales, o de constituir un condominio o una sociedad particular o universal (SSTS de 11 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 16 de diciembre de 1996 y 4 de marzo de 1997, entre otras).

Por tanto, de la unión de hecho no surge una comunidad de bienes ni una sociedad universal de gananciales, según apunta algún sector de la doctrina, por el mero hecho de su existencia, lo que no impide su aplicación si así se pactó, o el nacimiento de una comunidad o de una sociedad particular (mercantil o civil) respecto de bienes o negocios concretos adquiridos o explotados en común (SSTS de 2 de septiembre de 1991, 18 de mayo de 1992 y 22 de julio de 1993).

En otros casos, la jurisprudencia estima que para reparar los desequilibrios y desigualdades que la ruptura de la unión provoca en uno de sus integrantes es suficiente con acudir a la doctrina del enriquecimiento sin causa.

No obstante, esta línea constante y reiterada dentro de la jurisprudencia del TS, parece quebrar en la sentencia de 4 de abril de 1997 en cuyo fundamento de derecho quinto se invierte la presunción en torno a la aplicación analógica de las normas del régimen de gananciales, al decir en su consideración 1.^a: *«Que la aplicación analógica de las normas del régimen de gananciales debe mantenerse cuando, en el caso del litigio, no existen elementos derivados de la propia conducta de los que así conviven, determinante de la exclusión de esa aplicación analógica, y ello, por el sentido estricto por el que debe entenderse cualquier juego extensivo del régimen de gananciales, pues si bien puede ser aplicable a las llamadas uniones de hecho o «more uxorio», como se dice, ello habrá de ser cuando la compulsión de la conducta concreta de la convivencia que ha presidido esta unión, no aparezcan circunstancias de hecho, o hasta instrumentos de pactos expresos suficientes, que eliminen esa aplicación de reenvío»*. De su literal tenor se infiere que procederá la aplicación analógica de las normas del régimen de gananciales salvo que los convivientes con su conducta o pacto expreso eliminen esa aplicación de reenvío.

Tampoco para las uniones de hecho existen normas que regulen las relaciones obligacionales de los convivientes con terceros como ocurre

para las uniones matrimoniales, ni puede, por lo tantas veces repetido, acudirse a la aplicación analógica de lo previsto en el Código Civil para éstas, pues si se rechaza la equivalencia de la situación y con ella la aplicación por tal cauce de lo normado para el matrimonio, la inaplicabilidad de los preceptos ha de ser total y no por sectores o parcelas de conveniencia en cada caso. Es precisamente este aspecto externo de la convivencia extramatrimonial, el que con más frecuencia se esgrime para reclamar una regulación legal en orden a proteger los intereses del conviviente no contratante o ajeno a la deuda contraída por el otro y, muy especialmente los del tercero que con ellos contrata.

Mientras que el ámbito interno la distribución del gasto en la pareja habrá de efectuarse conforme a lo por ella pactado, utilizando en su defecto los sistemas correctores ya analizados, en el ámbito externo habrá que distinguir los supuestos en que son los dos quienes intervienen en el contrato y aquellos otros en que lo haga uno sólo.

En el primer supuesto se atenderá al carácter con el que intervengan y la figura jurídica en que cataloguen su intervención o pueda inferirse de sus actos de modo concluyente (comunidad de bienes, sociedad irregular, etc.); en defecto de aplicabilidad de las normas de una institución determinada, no cabe más remedio que aplicar las reglas generales de las obligaciones, que las presumen mancomunadas (arts. 1137 y 1138 del Código Civil), salvo que la propia naturaleza de lo pactado o de la voluntad de los contratantes, expresa o tácita, en garantía de la otra parte, se deduzca el propósito de poder exigir o prestar íntegramente la cosa objeto de la obligación a título de obligación solidaria (SSTS de 12 de marzo de 1987, 26 de julio de 1989, 19 de diciembre de 1991 y 26 de enero de 1994).

En el segundo supuesto, esto es, cuando es sólo uno de los convivientes quien contrata con tercero, para que queden afectos los bienes comunes o los propios del otro conviviente, jurisprudencialmente se ha señalado correcta la aplicación de la doctrina de las uniones sin personalidad, cuya consecuencia es la responsabilidad forzosa por los actos jurídicos ejecutados por las uniones de hecho de cada uno de los individuos que la integran o componen.

Finalmente, sólo resta apuntar que un amplio sector doctrinal postula la aplicación a las uniones de hecho de los artículos 6, 7, 8 y 9 del Código de Comercio que establecen las reglas conforme a las cuales quedan afec-

tados los bienes comunes y los privativos del conviviente no comerciante de las resultas de los actos de comercio realizados por persona casada.

6. EXTINCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO

Cuando una pareja de hecho se rompe, con frecuencia, se entabla una pretensión contrapuesta acerca de quien permanece en la vivienda y quien la deja, y qué se lleva consigo el que la abandona, problema de primera magnitud no extraño a las familias matrimoniales.

La vivienda familiar puede ser definida como el recinto o espacio comprendido dentro de ciertos límites, que constituye el centro de vida de la familia, con carácter habitual, con vocación de permanencia e intencionada⁵.

Sobre la vivienda familiar han de ser consideradas tres posibles situaciones en cuanto al derecho a su ocupación:

1.º La que deriva del título, sea este un derecho real, un derecho personal, sea una mera tolerancia, que concede a quien lo ostenta la facultad de habitar en dicha vivienda. Este derecho puede pertenecer a los dos convivientes (ya sea en virtud de unión matrimonial o extramatrimonial) o a uno solo de ellos, en cuyo caso, sólo uno de ellos tiene derecho originario y propio, el titular, y el del otro derivaría de aquél.

En caso de que los dos sean titulares del derecho real, personal o de mera tolerancia, ambos tendrán igual derecho a la ocupación, lo cual representa que ninguno de ellos estará facultado para expulsar o negar la ocupación del otro, caso típico de propiedades en proindiviso.

2.º Supuestos en que por razón de parentesco o por autorización discrecional, determinadas personas comparten con su titular la ocupación de la casa. En principio, éstos no pueden vivir en la vivienda contra la voluntad del titular y, por tanto, para que el no titular viva legítimamente en la vivienda tras la ruptura de la convivencia, tiene que darse uno de estos tres supuestos: o que el titular, si puede, le ceda su derecho, o que le autorice a continuar viviendo él sólo y él deja la vivienda o bien obtiene su legitimidad de una resolución judicial.

Debe precisarse aquí que el derecho que tienen los hijos bajo custodia a vivir en la misma casa que quienes ostentan la patria potestad, en el

⁵ Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ, J. L., en *Consecuencias Jurídicas...*, pp. 644 y ss.

caso de que los progenitores no vivan juntos, su derecho respecto de la vivienda derivará de aquél con quien convivan de hecho o en virtud de resolución judicial, en juicio contencioso o de mutuo acuerdo.

3.º La que deriva de la resolución judicial bien aprobatoria de un convenio regulador de una separación o divorcio bien recaída en procedimiento matrimonial contencioso, esto es, la llamada atribución judicial de uso de la vivienda familiar. Para Zarraluqui «*la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de uno de los cónyuges, no es la concesión de un derecho de ocupación y utilización de la casa que se establezca para uno de los miembros de la pareja sino precisamente todo lo contrario: lo que significa es la exclusión de uno de los cónyuges de este derecho de uso*»⁶.

El fundamento de esta suspensión o privación del derecho a usar la vivienda impuesta a uno de los cónyuges por una resolución judicial, se encuentra para el matrimonio en una norma imperativa que así lo establece, dentro de una línea protectora de la vivienda familiar que tiene también su expresión en las limitaciones que el titular tiene para la realización de actos dispositivos. En caso de conflicto conyugal, el Derecho de familia establece un criterio amplio, cual es el interés familiar más necesitado de protección, para determinar quien se queda y quien sale del domicilio, criterio que en la práctica se identifica con el de los hijos, de modo y manera que, no habiendo hijos, dispone el artículo 96.3 del Código Civil, «podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular..».

Pues bien, cabe preguntarse si en las uniones de hecho pueden ser de aplicación analógica tales principios, cuando el titular es uno solo de los componentes, observándose que también aquí marca una profunda diferencia la existencia o no de hijos de la pareja. La diferencia entre los convivientes sin hijos y con hijos en relación con la vivienda ha sido establecida por la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, a los efectos de la subrogación a la muerte del titular (art. 16), exigiendo en el primer caso una convivencia de dos años y, en el segundo, siendo suficiente la mera vida en común sin plazo alguno.

En cuanto a la posibilidad de atribución de este derecho al uso mediante pacto, puede afirmarse su plena validez y eficacia, con la sola limitación del *favor filii* y tutela judicial al respecto, cuando los pactos se refieren a los hijos.

⁶ *Ibíd.*, p. 644. *Vid.* asimismo, PANIZO Y ROMO DE ARCE, A., *El proceso matrimonial*, Madrid, 2003, pp. 209 y ss.

El problema se plantea cuando los convivientes con hijos rompen su vida en común y no están de acuerdo sobre cuál de ellos debe quedar en el domicilio. La jurisprudencia en atención al interés familiar preponderante, cual es la protección de los hijos y habida cuenta de la equiparación de los hijos, sean matrimoniales o no, efectuada por el artículo 108 CC, tiende a la aplicación analógica del artículo 96 del mismo texto legal.

El tema es más complejo cuando en la unión de hecho no existen hijos, no siendo uniforme la doctrina jurisprudencial en cuanto a la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 96.3 CC. En cualquier caso, si el título de la ocupación es el arrendamiento, en los casos en que no existan hijos, de mostrarnos favorables a la aplicación analógica, quizá debería exigirse un mínimo de convivencia de dos años, extrapoliando esta exigencia del artículo 12 LAU, aun cuando se sea consciente de las dificultades que la prueba presenta⁷.

Otra cuestión a considerar respecto de las uniones *more uxorio* es si sobre las mismas pesa la prohibición de disponer de la morada familiar sin el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, en virtud de autorización judicial que establece el artículo 1320 CC. No parece admisible tal posibilidad habida cuenta que toda limitación de derechos debe quedar claramente establecida por disposición legal, y el artículo 1320 se establece sólo para los matrimonios, tengan o no hijos y sea cual sea el régimen conyugal.

Por fin, en el caso de titularidad perteneciente a ambos convivientes, la situación es más sencilla pues cualquiera de ellos está legitimado por sí mismo a permanecer en la vivienda y, por tanto, la exclusión del otro por convenio queda dentro de las facultades dominicales de los cotitulares. La cuestión se plantea en cuanto a la posibilidad del copropietario de pedir la división de la cosa común y, al ser ésta indivisible materialmente, solicitar su venta en pública subasta. Se mantiene en estos supuestos la vigencia del artículo 400 CC (el copropietario podrá en cualquier momento pedir la división de la cosa común), manteniéndose, caso de existir, el derecho de uso a favor del beneficiario del mismo, con todas las dificultades que representa la limitación de los derechos dominicales que entraña la persistencia del derecho de uso de un comunero en relación con un bien inmueble del que sea copropietario con otros u otros.

⁷ *Ibidem*, p. 661.