

1.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Uniones de hecho y enriquecimiento injusto

Comentario a cargo de:

CRISTINA DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho Civil (Universidad Complutense de Madrid)

SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2005

Ponente: Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

Asunto: Aunque ambas se encuadren en el Derecho de familia, la llamada unión de hecho no tiene nada que ver con el matrimonio. Es más, hoy por hoy, admitido el matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, la unión de hecho está formada por personas que lo que no desean es, precisamente, contraer matrimonio.

Por ello debe huirse de la aplicación por “analogía legis” de normas propias del matrimonio en materia de ruptura de la pareja, pues tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización del miembro de la unión que no desea su continuidad. Pero, eso sí, no debe excluirse cuando proceda la aplicación de un derecho resarcitorio, para los casos en que la disolución de la pareja provoque un desequilibrio no querido ni buscado. Ello sí puede justificar la técnica de “la analogía iuris”, o sea, no partir para la aplicación analógica de una sola norma, ni proceder de lo particular a lo particular, sino que, partiendo de una serie o conjunto de normas, tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho.

Todo ello conduce a la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto, siempre que se acepte que el mismo 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 (“damnum cessans”). De la misma manera, el empobrecimiento no tiene que 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 al beneficio de otro.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005

Uniones de hecho y enriquecimiento injusto

CRISTINA DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho Civil (Universidad Complutense de Madrid)

Resumen de los hechos

Ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Burgos, D.^a Mari Trini interpone demanda, por el procedimiento de juicio de menor cuantía, contra D. Mauricio, solicitando que se reconozca la ruptura de la situación paramatrimonial existente entre ellos, durante 19 años, y se acuerden las siguientes medidas: 1.- Atribuir a la madre la guarda y custodia del hijo; 2.- Establecer una pensión de alimentos a favor del hijo de 125.000 ptas mensuales; 3.- Conceder el uso de la vivienda familiar al hijo y a la madre hasta que aquel alcance 25 años; 4.- Que se declare la existencia de una comunidad de los bienes adquiridos durante la convivencia al 50%, disolviendo la sociedad o comunidad que deberá partirse al 50%; 5.- Subsidiariamente que se condene al pago de una indemnización por el enriquecimiento del demandado sin causa señalada en 70 millones de pesetas; 6.- Subsidiariamente que se conceda a D.^a Mari Trini una indemnización por 19 años de convivencia de y perjuicios que la ruptura supone de 70 millones; 7.- Se condene en costas al demandado.

Como se ve son tres los cauces que se utilizan para reclamar: la disolución de la comunidad, la aplicación del enriquecimiento sin causa, o indemnización por los años de convivencia y perjuicios que supone la ruptura, concepto éste bastante indeterminado, y que se cuantifica en el 50% del patrimonio o en el pago de 70 millones de pesetas sin mayor distinción.

Después de la reconvencción del demandado el Juzgado dictó sentencia el 7 de junio de 2001, estimando parcialmente la demanda y, declarando la inexistencia de comunidad, acuerda: 1.- Atribuir la guarda y custodia del hijo a la madre; 2.- Fijar una pensión de alimentos a favor del hijo de 70.000 pesetas, a cargo del padre; 3.- Fijar como indemnización a favor de la demandante la cantidad de 19 millones de pesetas; 4.- Considerar propiedad de D.^a Mari Trini los muebles adquiridos por ella y descritos en las facturas que podrá retirar del domicilio; 5.- Desestimar el resto de las peticiones sin expresa imposición en costas.

En cuanto a la reconvencción se acuerda, en lo que nos interesa, que la demandante deberá abandonar la vivienda propiedad de D. Mauricio.

En el tema de la reclamación económica, principal objeto de este comentario no especifica la sentencia el concepto por el que se condena al demandado al pago de 19 millones, tan sólo se señala su carácter de indemnización.

La Audiencia Provincial confirma íntegramente la sentencia recurrida.

Se interpone recurso de casación por D. Mauricio con apoyo en los siguientes motivos:

- I. Al amparo del art. 477.1 de la LECiv, por infracción de las normas aplicables y exceder la cuantía de 25 millones, considerando infringido el art.142 del Código civil, en relación con lo dispuesto en los arts.142 a 146 del Código civil.
- II. Al amparo del art. 477.1 LECiv, en relación al 2.2.º, considerando infringidos por aplicación indebida los arts, 96, 97 y 1438, todos del Código civil.
- III. Al amparo del art. 477.1 LECiv, en relación al 2.2.º, por infracción del art.1887 del Código civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

El motivo primero se desestima por el Supremo, entendiendo que la cuantía de las prestaciones alimenticias no es recurrible en casación, siendo materia reservada a la soberanía del Tribunal de instancia, según reiterada jurisprudencia.

En cuanto a los motivos segundo y tercero se refunden para su estudio en la resolución, admitiéndose y casando la sentencia de la Audiencia.

COMENTARIO.

Sumario: 1. **Introducción.** 2. **Breve descripción de las circunstancias que determinan el complejo tratamiento de las reclamaciones planteadas por las parejas.** 2.1. Ausencia de una ley de parejas a nivel estatal. 2.2. Proliferación de leyes autonómicas de parejas. 2.3. Consecuencias de la inactividad del legislador en la posible resolución de conflictos planteados por la aplicación de las leyes de pareja. 2.4. Existencia de parejas que quedan fuera de la aplicación de las distintas normas. 2.5. Influencia de las reformas del Código civil operadas por las leyes 13/2005 y 15/2005 sobre el tratamiento de las uniones de pareja. 3. **La Sentencia de 12 de septiembre de 2005.** 3.1. Premisas indispensables: el respeto a la libertad de los integrantes de la pareja, la inexistencia de ley aplicable y la falta de identidad con el matrimonio. 3.2. De la exclusión de la aplicación analógica a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. Análisis de sus presupuestos. 3.3. Análisis de los votos particulares. 3.4. Replanteamiento de algunas de las soluciones apuntadas en la sentencia. 4. **Bibliografía.**

1. Introducción

A pesar de no interponerse el recurso por interés casacional, sino por cuantía, según expresión textual de la sentencia,

“se puede aprovechar el “liquet” para dar a entender lo que esta Sala considera apropiado para resolver en general el problema de la posibilidad de indemnizar para el caso de la ruptura de una unión de hecho”.

Esta circunstancia determina que el supuesto concreto enjuiciado no pueda calificarse como especialmente interesante, ni lo son tampoco los argumentos invocados por las partes ni las consideraciones de la confirmada sentencia de primera instancia.

Por otra parte al no pronunciarse la resolución sobre jurisprudencia contradictoria recurre a la costumbre constante en el tema de parejas de acudir a la técnica de describir, *obiter dicta*, la complejidad que presenta la solución de las controversias planteadas por los convivientes apuntando en este caso particular, los *principios* que deben presidir su regulación, explicitando las distintas *posiciones* que pueden sustentarse, a favor o en contra del reconocimiento de derechos a las uniones de hecho, así como reseñando las distintas líneas jurisprudenciales elaboradas, la proliferación de leyes autonómicas de parejas publicadas, haciéndose eco, además, de algunos pensamientos doctrinales, para después resolver el recurso, denegando la pretensión indemnizatoria, por no concurrir los presupuestos del enriquecimiento injusto.

El Tribunal Supremo intenta con esta sentencia de pleno poner un cierto orden en el inquietante tratamiento de la ruptura de las parejas no casadas que viene observándose en el proceder de los tribunales de las distintas instancias en los últimos años. Y utilizo deliberadamente la expresión “intenta” porque la propia sentencia, dictada con ánimo de convertirse en un referente sobre el tratamiento de la cuestión, cuenta ya con dos importantes votos particulares, uno diametralmente contrario a su fallo, y otro formulado por dos magistrados que, conforme con el fallo, no coincide en los argumentos jurídicos que pudieran servir de base al mismo, circunstancia bastante indicativa de la dificultad de la cuestión por ausencia de un criterio uniforme ni siquiera dentro de la Sala Primera del Supremo.

Esa misma divergencia de pareceres se observa también en la valoración que se realiza de la sentencia por la doctrina, que oscila entre considerar que “puede haberse completado en la mejor dirección una trabajosa evolución de la doctrina de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo sobre las consecuencias económicas de la ruptura de la unión libre” [GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., (2006), quien, por el contrario, critica severamente el segundo voto particular]; a calificar como “preocupante que haya sido la vía del enriquecimiento injusto la finalmente seguida por la sentencia de cierre”, afirmándose además que “hay algo de *parto de los montes* en esta sentencia y en los votos que discrepan de su argumentación, pero concuerdan con el resultado” [ambas expresiones de CARRASCO PERERA, A., (2006), p. 513]; o bien manifestar que la sentencia no sólo contiene declaraciones inexactas, sino también “otras aparentemente tan sorprendentes como la de considerar que la unión de hecho nada tiene que ver

con el matrimonio..” [GARCÍA RUBIO, M.^a P., (2007), p.132], opinión que no puedo menos que compartir en este último inciso.

La sentencia, extensa como casi todas las dictadas en el tema, presenta múltiples aspectos de interés que intentaré abordar a lo largo de este comentario, destacando ahora que era necesaria en cierta medida para terminar con el dislate que venía produciéndose en la materia, especialmente en las instancias inferiores, pero señalando igualmente que la función unificadora parece más ilusoria que real por las enormes dificultades que rodean el tratamiento del tema de las parejas como creo que tendré ocasión de constatar, y que en ningún caso podrá impedir que se sigan aplicando otras vías de solución, como además confirman los pronunciamientos posteriores, tanto del propio Tribunal Supremo como los dictados en las instancias inferiores que, ni con mucho, están confirmando una única línea de pensamiento.

Resolver las reclamaciones que plantean las parejas, especialmente en el momento de su ruptura, no es una tarea fácil, y eso se traduce, irremediablemente en más ocasiones de lo deseable, en una errática jurisprudencia. Por una serie de cuestiones que intentaremos precisar, adoptar un único criterio de resolución no parece posible, hay que ver caso por caso, lo que viene en muchos casos motivado por el procedimiento utilizado, por la causa de pedir, por los argumentos esgrimidos en la demanda o por los motivos de interposición de los recursos, sin olvidar la búsqueda de la justicia material que preside la solución del supuesto enjuiciado que, no pudiendo considerarse como un criterio estrictamente jurídico es sin embargo el que inspira habitualmente el fallo del tribunal buscándose, parece que *a posteriori*, los argumentos adecuados para sustentarlo. Tan sólo será necesario recoger las siguientes palabras del Tribunal Supremo en la STS de 23 de enero de 2003 en cuanto al tratamiento de las reclamaciones de las parejas en el momento de la ruptura: “*Ante dicha cuestión, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la solución más justa*”; términos repetidos en las SSTs de 5 de febrero de 2004 o de 23 de noviembre de 2004 [SALAS CARCELLER, A. (2003) admite, directamente, que los tribunales en ocasiones tiene que actuar bajo estrictas condiciones de justicia].

A todo ello hay que añadir la coexistencia de leyes de parejas en ciertas regiones, con un contenido civil completamente diferente según la competencia con la que cuente cada Comunidad Autónoma, con la ausencia de regulación o el consiguiente tratamiento incompleto en otras, ocasionando conflictos de aplicación y problemas de interpretación que no siempre son resueltos adecuadamente por los jueces. La complejidad de la situación desencadena, especialmente en la jurisprudencia menor, notables dificultades de resolución motivadas por la necesidad de acudir a criterios o principios generales de cierre del sistema que son difíciles de materializar o plasmar en el supuesto concreto enjuiciado; así como por la presencia de problemas de integración de los ordenamientos civiles especiales por razón de territorio allí donde hay leyes de pareja,

lo que no parecen entender los jueces adecuadamente, pues la función del Derecho del Estado como supletorio no es la misma para las distintas Comunidades Autónomas.

A la hora de abordar la resolución de alguna cuestión concreta es prácticamente imposible que los jueces no partan de la consideración del matrimonio y las consecuencias de su ruptura, pues –aunque se haya pronunciado desde el Tribunal Constitucional la doctrina, repetida hasta la saciedad, de que no se trata de realidades equivalentes y que por tanto no esté justificado el recurso a la analogía– las cuestiones que se plantean son similares en el momento del cese de convivencia, resultando irremediable que, consciente o inconscientemente, no se basen las sentencias en las reglas y soluciones pensadas y dictadas para el matrimonio.

En algunos casos el Tribunal Supremo realiza verdaderos esfuerzos para separar ambas instituciones, pero después en el razonamiento concreto es inevitable no comparar las soluciones con las que brinda la regulación del matrimonio, y la Sentencia que nos ocupa es buena muestra de ello hasta el punto de que utiliza la expresión “cónyuge” en alguna ocasión para referirse al conviviente, o que sucumbe a la tentación de comparar los requisitos que dan lugar al reconocimiento de la pensión compensatoria, concretamente el desequilibrio o empeoramiento, con los que posibilitarían acudir a la aplicación del concepto de enriquecimiento injusto. Lo mismo puede decirse del segundo voto particular que, negando la aplicación de soluciones propias del régimen económico matrimonial, por no quedar justificadas por la analogía, termina acudiendo a un principio obtenido de la regulación de la pensión compensatoria. En definitiva, demasiadas argumentaciones teóricas, excesivos esfuerzos de construcción de principios para huir de la analogía *legis* alegando falta de identidad de razón para, en gran parte de las ocasiones, terminar aplicando normas dictadas y dirigidas para el matrimonio.

Resumiendo, el estado de la cuestión en los últimos años resulta preocupante pudiendo calificarse la situación, sin exageración, como insegura, contradictoria, o, en definitiva, falta de rigor y criterio [AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. DE (2004), p. 223; o BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., (2006), p.4]. Como se verá, durante este tiempo el Tribunal Supremo ha dictado una serie de resoluciones sobre el tema –profusamente estudiadas por la doctrina e incesantemente repetidas por los jueces– que han ido oscilando desde planteamientos más o menos restrictivos, pero que intentaban ser respetuosos con las doctrinas generales (primeros años de la década de los noventa); a unas sentencias verdaderamente generosas en cuanto a las pretensiones planteadas por las parejas que pueden calificarse, sin duda, como creación judicial del Derecho buscando una versión de la justicia material (finales de los noventa y principios del nuevo siglo); a una tercera fase, la que pretende encabezar la sentencia que nos ocupa, en la que se propicia la vuelta a consideraciones técnicamente restrictivas que pueden conducir a soluciones rigurosas.

2. Breve descripción de las circunstancias que determinan el complejo tratamiento de las reclamaciones planteadas por las parejas

Antes de entrar en la doctrina sentada por la Sentencia objeto de este comentario quisiera destacar cuáles son las distintas circunstancias que confluyen en la práctica motivando la complejidad del tema de las reclamaciones formuladas por las parejas, especialmente en el momento de su ruptura. Se trata de una breve descripción de la situación pues cada una de ellas podría ser objeto de tratamiento monográfico, pero considero que es indispensable tenerlas en cuenta para poder analizar con rigor los distintos pronunciamientos judiciales recaídos sobre la cuestión. Además, como se verá, algunas de ellas son objeto de atención más o menos directa en la STS de 12 de septiembre de 2005.

2.1. Ausencia de una ley de parejas a nivel estatal

La Sentencia parte de la enunciación de dos principios esenciales para la resolución de las rupturas de las parejas: uno es el de la libertad, al que haré referencia más adelante, el otro, recogiendo las expresiones textuales del ponente es el de “*legalidad ordinaria, y para ello hay que traer a colación todas las Leyes autonómicas –es ahora cuando se echa en falta una regulación general estatal*”.

No se ha dictado en nuestro país una ley de parejas a nivel de la legislación estatal—a pesar de las distintas proposiciones que se han presentado por distintos grupos políticos en las sucesivas legislaturas—, lo que no ha impedido que desde hace varios años existan equiparaciones puntuales y fragmentarias en distintas normas que extienden sus efectos a las parejas no casadas, estableciendo caso por caso los requisitos que exige el legislador para ello. No podemos hacer una descripción ahora de todas ellas [puede consultarse sobre el particular AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.DE (2002), pp. 109 y ss., MESA MARRERO, C. (2006), pp. 60 y ss, o ESPADA MALLORQUÍN, S. (2007), pp. 105 y ss.], pero sí destacar que en algún caso la equiparación vino forzada por el proceder del Tribunal Constitucional, como sucedió con la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en la que se procedió a equiparar a las parejas con el cónyuge en caso de subrogación y de desistimiento del contrato. Pareció en su momento ciertamente contradictorio que la afirmación constante por el Constitucional de tratarse de realidades no equivalentes pudiendo en consecuencia recibir un tratamiento distinto (STC 184/1990 entre otras) paradójicamente resultara contradicha por las sentencias en las que se declaró la inconstitucionalidad del art.158 de la antigua LAU bajo la argumentación de que la familia que manda proteger la constitución no necesariamente debe identificarse con la que tiene su origen en el matrimonio (STC 222/1992 o STC 47/1993).

Decidir en cada caso qué modelo de pareja se tiene en cuenta para ser beneficiario de los efectos previstos para el matrimonio exclusivamente se revela como una opción de política legislativa que puede oscilar desde el esquema más simple al más exigente. Como exponente de lo primero podemos mencionar lo dispuesto por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género, que en su artículo primero extiende su ámbito de aplicación a las parejas no casadas, sin precisar de ningún otro requisito, o la complementaria Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica que permite solicitar la adopción de una serie de medidas civiles similares a las medidas previas a la presentación de la demanda de separación y que pueden ser solicitadas por las parejas (a las que en general se niega el recurso a los procesos de familia para dirimir las cuestiones que no sean referentes a los hijos).

En el polo opuesto se puede mencionar lo dispuesto en el recientemente reformado art.174 de la Ley General de la Seguridad Social por obra de la Ley 40/2007, 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social, que exige a las parejas para poder ser acreedoras de la pensión de viudedad, entre otros requisitos, no sólo una convivencia previa e ininterrumpida de cinco años, sino también demostrar la dependencia económica del sobreviviente respecto del difunto.

Como apunta la sentencia objeto de este comentario, la falta de una ley a nivel estatal obliga a los jueces, a falta de posible pacto entre los integrantes de la pareja, a tener que acudir a las soluciones de cierre del sistema como se verá más adelante.

2.2. Proliferación de leyes autonómicas de parejas

De forma contradictoria a lo expuesto en el apartado anterior nos encontramos con una gran proliferación de leyes autonómicas en las que se ha procedido a regular la figura de las parejas no casadas de forma más o menos sistemática. La aparición de tales normas se utilizó en un tiempo por el Supremo como argumento favorable a las pretensiones de las parejas, manifestando al respecto la STS de 5 de julio de 2001 que *otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho*, consideración que, al hilo de las últimas sentencias publicadas, ha sido completamente abandonada por aquel.

A pesar de la costumbre practicada incesantemente por los tribunales de enumerar las distintas leyes, olvidando sistemáticamente alguna como la Ley 2/2003, reguladora de Parejas de Hecho del País Vasco (error en el que incurre la sentencia comentada al recoger consideraciones de otros pronunciamientos previos, pero que no se ha enmendado en otras posteriores en las que incluso podría haber sido de aplicación como la STS de 22 de febrero de 2006 en la

que, expresamente, se dice que en el País Vasco no hay Ley de parejas), creo que hay que rechazar radicalmente la asimilación de todas ellas llevada a cabo por los jueces por una serie de consecuencias importantes que intentaré apuntar brevemente, cuya exposición considero indispensable para un tratamiento riguroso de la cuestión [detalladamente en AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. DE (2004), pp. 527 y ss., con importante apoyo jurisprudencial; también GINEBRA MOLINS, M.^a E. (2006), pp.1481 y ss.].

Existen en nuestro ordenamiento dos tipos de leyes de pareja que difieren en su propia esencia a causa del reconocimiento constitucional a favor de ciertas Comunidades Autónomas para poder legislar sobre Derecho civil. Dentro de este grupo de regiones, amparadas por las competencias reconocidas en el art.149.1.8 CE, se situarían las leyes de parejas de Cataluña (1998), Aragón (1999), Navarra (2000), Baleares (2001), País Vasco (2003), y la polémica y ya corregida Disposición Adicional Tercera de la Ley de Derecho civil de Galicia (2006). Exceptuando el caso de Galicia –que no ha dictado una ley sobre las parejas, sino que ha procedido a equiparar el tratamiento de las parejas (ahora de determinadas parejas) con el matrimonio a los efectos de la ley– se trata de leyes sistemáticas en las que el legislador, partiendo de un modelo de convivencia único o plural, atribuye una serie de derechos a las parejas, más o menos parecidos a los que en cada uno de esos ordenamientos se atribuyen al matrimonio, pero que supone que a partir de ese momento quede vedado el recurso a los mecanismos de cierre previstos en el ámbito de la legislación del Estado.

En cada caso se ha cumplido una opción de política legislativa en cuanto al reconocimiento de derechos o de concretas equiparaciones con el régimen de los matrimonios, pero en todo lo no regulado por el legislador autonómico habrá que rechazar el recurso a la analogía como cauce de solución, al fallar en principio uno de sus presupuestos esenciales: la ausencia de ley. Desde el momento en que el legislador, competente para ello, aborda el tratamiento de una institución de manera sistemática y con una cierta pretensión de conformar un modelo jurídico integral, resulta impropio acudir al Derecho estatal como supletorio, así como a las líneas de interpretación elaboradas por la Jurisprudencia en el mismo ámbito.

Por otra parte en la posible resolución de controversias planteadas por parejas que no encajen en el modelo previsto por cada ley habrá que intentar solucionar la reclamación acudiendo a los mecanismos de cierre del sistema, que serán los de cada uno de los derechos autonómicos, que los tienen, pero no recurriendo a los criterios manejados en el ámbito del Código civil. Habrá que partir de la consideración de que se trata de ordenamientos autosuficientes y autointegrados, no siendo legítimo acudir al Derecho estatal como supletorio [ver ampliamente sobre la cuestión en general GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2002), pp. 59 y ss.; también PEREDA GÁMEZ, F.J. (2005), pp. 131 y ss.].

No obstante la claridad de la argumentación anterior, los tribunales en su proceder diario no aplican correctamente las reglas de integración previstas

para los distintos ordenamientos por sus propias normas, con una clara falta de respeto a lo dispuesto en los mismos. Es lo que sucede por ejemplo, en mi opinión, con la reciente STSJ de Navarra, de 8 de noviembre de 2006, en la que se aplica el artículo 96 del CC por analogía, a pesar de no establecer nada sobre el particular la Ley Navarra de parejas, debiendo entenderse, como hace el voto particular formulado, que no cabe el recurso al CC cuando existe una ley de parejas aplicable, entendiéndose que la omisión del derecho en particular en el marco de una ley sistemática se debe a que el legislador no ha querido atribuirlo a las parejas. Por el contrario la SAP de Barcelona (S. 16) de 24 de enero de 2008, mantiene un razonamiento impecable procediendo a buscar la aplicación analógica del Código de Sucesiones a un supuesto de laguna legal de la Ley 10/1998, de Uniones estables de pareja, ordenando la ineficacia de la institución de heredero ordenada a favor de la pareja sentimental que ya no lo es en el momento del fallecimiento.

Junto a las leyes mencionadas existen otras, dictadas al amparo de las competencias reconocidas en los respectivos Estatutos de Autonomía de regiones sin Derecho civil propio, que proceden a regular una serie de consecuencias de diversa índole para las uniones de hecho y que en lo que pueda hacer referencia a materia civil son, a mi entender, manifiestamente inconstitucionales. Muchas de estas normas se limitan a reproducir el contenido del Derecho estatal, como por ejemplo cuando se admite que las parejas pueden pactar al amparo del art.1255 del Código civil, extralimitándose en otros casos como cuando establecen una obligación de contribución a las cargas familiares, o una responsabilidad compartida por determinados gastos, habiendo llegado la doctrina a calificarlas como leyes que “tienen una pareja sin contenido civil” [ROCA TRIAS, E. (2005), p. 420; CARRASCO PERERA, A. (2006), p. 474, de manera más crítica, aunque no falta de cierta razón, llega a catalogarlas de “engendros” que no merecen interés].

Evidentemente para tales previsiones no se necesita o no es competente la actuación del legislador autonómico; en muchos casos el proceder es superfluo, pero no por ello deja de ser inconstitucional, pues según doctrina del Tribunal Constitucional la repetición de reglas del Derecho estatal por parte del legislador autonómico cuando carece de esa competencia es un vicio de inconstitucionalidad (SSTC 341/2005, 147/1993 ó 62/1991). En otros casos el proceder del legislador autonómico, como ya he resaltado, es abiertamente inconstitucional.

Por otra parte el papel del Derecho del estatal como integrador del contenido de estas leyes es esencial e imprescindible al ser su regulación incompleta por definición y carecer el órgano correspondiente de competencias para legislar. En cualquier caso habrá que acudir a la hora de resolver conflictos a los cauces de solución previstos por los tribunales al aplicar el Código civil, como necesario derecho supletorio, del que no se podrá prescindir, siendo indispensable la heterointegración del contenido de este segundo tipo de leyes de parejas [ROCA TRIAS, E. (2005), p. 410].

Todo esto incide, o debería incidir, en la consideración y proceder de los tribunales. Por ello creo que hay que reseñar ya que la pretendida función de doctrina unificadora a la que aspira la sentencia que nos ocupa no puede ser tal en los ordenamientos autonómicos en los que se han publicado leyes de parejas con competencia para ello. Sencillamente, no hay ausencia de ley, y en caso de que la ley no sea de aplicación o no haya previsto el derecho reclamado en particular deberán los jueces acudir a los propios mecanismos de autointegración. Una muestra de este proceder se encuentra en la STSJ de Cataluña (Sala de lo civil y Penal, Sección 1) de 27 de febrero de 2006, en la que se menciona la Sentencia de 12 de septiembre de 2005, pero de modo completamente innecesario pues en la resolución del supuesto concreto no hay que acudir al Derecho estatal sino al ordenamiento catalán.

Por otra parte, teniendo en cuenta el rigor al que aspira esta sentencia en el tratamiento de las parejas, no deberían juntarse unas y otras leyes (proceder que como ya he comentado es bastante habitual), ni mucho menos mencionar como se hace en el marco del extenso segundo fundamento de derecho (si bien reproduciendo las consideraciones de la STS de 17 de junio de 2003) el contenido de la Ley de Extremadura al resaltar la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto, y mucho menos como modelo de acogimiento de una institución jurídica. En ningún caso podría invocarse como posible solución a una controversia entre parejas extremeñas el contenido de la Ley de parejas de Extremadura como criterio de solución, pues se trata de una previsión inconstitucional en la que no podría sustentarse pretensión alguna, siendo el proceder adecuado para el juzgador plantear la correspondiente cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal; pero mucho menos mencionar el contenido de una ley inaplicable al supuesto particular que, a mayor abundamiento, es inconstitucional.

2.3. Consecuencias de la inactividad del legislador en la posible resolución de conflictos planteados por la aplicación de las leyes de pareja

El reparto de competencias previsto por el art.149.1.8 de la CE no sólo determina la presencia de la compleja situación descrita en el apartado anterior, sino también una serie de problemas a los que me referiré sucintamente pero que, no por ello, se revelan comparativamente menos importantes.

La CE reserva al Estado la competencia exclusiva para legislar sobre materia procesal (art.149.1.6.^a), reglas para resolver los conflictos de leyes y ordenación de los registros e instrumentos públicos (art.149.1.8.^a). Pues bien, ninguna de las materias ha sido objeto de la atención del único legislador competente para ello lo que repercute directamente en problemas de seguridad jurídica en cuanto a la aplicación práctica de las leyes autonómicas, llegándose a calificar la situación como falta de lealtad constitucional [GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2004), pp. 49 y ss., y (2007), p. 121].

No existe una forma de publicidad adecuada para las uniones de pareja teniendo en cuenta que los registros existentes, como no podía ser de otra forma, no tienen ningún tipo de eficacia frente a tercero, no existe ninguna concordancia entre ellos, formando tan solo parte del procedimiento para la constitución de la pareja o para llevar a cabo un control administrativo sobre la misma.

Por otra parte al diferir el contenido de las distintas leyes de pareja dictadas por Comunidades competentes para ello en ocasiones sus previsiones se solapan o plantean problemas de aplicación que sólo podrían resolverse dictando el legislador estatal una norma de conflicto que permitiera resolver los problemas de Derecho interregional [ver sobre todo ello AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.DE (2004), pp. 549 y ss.].

Finalmente tampoco ha procedido el legislador a desarrollar un procedimiento por el que puedan solventarse las reclamaciones de las parejas aunque ya existía el problema con una intensidad similar a la actual durante los trabajos preparatorios de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Aunque no podamos detenernos en el análisis detallado del tema en muchos casos la circunstancia descrita condiciona el procedimiento a utilizar, el contenido de la demanda y las peticiones del suplico, dando lugar a una serie de irregularidades como que se ventilen cuestiones relativas a la guarda y custodia de los hijos en un procedimiento de menor cuantía, o a que a veces se retraigan los tribunales de instancia a la hora de reconocer una posible pensión compensatoria o una atribución de vivienda solicitada fuera de todo proceso de ruptura matrimonial [sobre la labérrica situación puede consultarse PÉREZ MARTÍN, A.J. (2007), pp. 1685 y ss., o VIÑAS MAESTRE, D. (2007)]. El único supuesto procesal en el que puede un solo y único tribunal conocer de todas las medidas solicitadas, exactamente igual que si se tratase de un matrimonio, es en el caso de aplicación de la Ley 27/2003, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica, que permite al Juez penal adoptar una serie de medidas temporales entre las que se encuentran indemnizaciones, pensiones compensatorias, atribuciones de vivienda, o liquidaciones de patrimonios comunes y que pueden ser solicitadas por parejas no casadas.

La peculiaridad de la situación descrita motiva que nos encontremos pronunciamientos verdaderamente sorprendentes y en los que parecen quebrantarse las rígidas reglas que presiden el proceso civil, como por ejemplo las SSTS de 27 de marzo de 2001 y de 5 de julio del mismo año. En la primera, tras una convivencia de 20 años, se solicita en demanda la aplicación de pensión compensatoria. El Juzgado, aplicando la doctrina del enriquecimiento injusto, que no se había invocado, concede una indemnización de 10 millones de pesetas. La Audiencia considera, con mayor rigor, que al no haberse solicitado la aplicación de tal doctrina ello no es posible, por lo que suprime la indemnización, si bien aconseja instar el ejercicio de las acciones correspondientes en otro procedimiento posterior. El Supremo casa la sentencia, considerando que la Audiencia ha incurrido en incongruencia omisiva, y, citando las distintas posibilidades

de solución alegadas en materia de parejas (enriquecimiento injusto, analogía, principio de protección al conviviente) reconoce el derecho a una, textualmente, “*indemnización compensatoria por la ruptura de la convivencia*” de 15 millones de pesetas más otra indemnización de 2.400.000 en concepto de alquiler por haberse enajenado la vivienda familiar. En la segunda sentencia, la de 5 de julio de 2001, el Juzgado, en un supuesto de convivencia de 15 años, en el que se solicita una pensión por desequilibrio o subsidiariamente por enriquecimiento injusto, condena al demandado a pagar cien mil pesetas al mes en un concepto jurídico indeterminado. La Audiencia cambia la argumentación y concede una indemnización de casi tres millones por enriquecimiento injusto. El Supremo confirma la sentencia de la Audiencia, pero cambia la fundamentación jurídica del fallo entendiendo que la indemnización (un tanto alzado) debe percibirse en concepto de pensión compensatoria *ex art.97 CC* en aplicación del principio *iura novit curia*. Creo que los comentarios sobran.

2.4. *Existencia de parejas que quedan fuera de la aplicación de las distintas normas*

A pesar de la abundancia de leyes de parejas siempre existirán uniones que, por uno u otro motivo, escapen a su aplicación, bien porque no haya ley, porque ésta no regule prácticamente nada, o porque no se cumpla con los requisitos previstos para que la pareja sea destinataria de sus previsiones.

Ya se haya configurado un modelo factual o convivencial, ya se haya previsto una constitución formal de la pareja indefectiblemente quedarán uniones, por así decirlo, no juridificables [la expresión es de MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2007), p. 289; ver también ROCA TRÍAS, E. (2005), pp. 415 y ss.].

En estos casos será inevitable acudir a la aplicación de las doctrinas generales y a las soluciones de cierre que brinda el ordenamiento para poder resolver las controversias planteadas a los tribunales, y eso es precisamente lo que sucede en la sentencia que nos ocupa destacándose la falta de regulación, legal o voluntaria, aplicable a la misma determinando la necesidad de acudir a principios y criterios de resolución que van quedando reflejados a lo largo de la argumentación de la sentencia.

Es evidentemente en este aspecto en el que destaca la importancia de la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo que, como describe también la sentencia, ha ido aplicando técnicas como *la del enriquecimiento injusto, seguida de la protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del art. 97 del CC, y por la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de la disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes*. No se extiende mucho la Sentencia, a diferencia de otras, en el desarrollo de las líneas apuntadas, limitándose a recoger las consideraciones de la STS de 17 de junio de 2003 en la que sí se mencionan distintos pro-

nunciamentos del Supremo. No obstante, no creo que puedan colocarse todas las “técnicas” enumeradas en el mismo plano, sin que sea tampoco exacto el orden en el que las sitúa la sentencia, aunque sí es un resumen completo de las distintas vías o caminos utilizados para dar solución. Tampoco comparto la afirmación de la sentencia en cuanto a que se pueda constatar que la técnica más utilizada por la Sala Primera es la del enriquecimiento injusto, pues cualquier estudio detallado sobre la cuestión evidencia que las soluciones se han ido alternando o conjugando según los distintos supuestos enjuiciados [ver, entre los muchos trabajos sobre el particular, DE VERDA y BEAMONTE, J.R. (2006), pp.223 y ss.; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. DE (2004), pp. 225 y ss. y (2002), pp. 177 y ss.; o MESA MARRERO, C. (2006), pp. 167 y ss.].

Tan sólo con referencia a las sentencias del Supremo dictadas en los últimos cinco años, pueden mencionarse pronunciamientos en los que se acude a las reglas de la comunidad (SSTS 5 de diciembre de 2005, de 26 de enero de 2006, 22 de febrero de 2006 –con cita expresa de la sentencia de 2005 y en la que se afirma que no existe Ley de parejas en el País Vasco–, o 4 de julio de 2007, en la mayoría de los casos derivada del comportamiento de los miembros de la pareja; y SSTS 27 de mayo de 2004, 19 de octubre de 2006 y 8 de mayo de 2008 denegatorias de la pretensión de comunidad); presencia de *affectio societatis* (STS 26 de mayo de 2006); aplicación como solución del enriquecimiento injusto (SSTS de 17 de junio de 2003, 6 de octubre de 2006, a favor; y de 5 de febrero de 2004 en contra); recurso al principio de protección al conviviente perjudicado (SSTS de 17 de enero de 2003 ó de 23 de noviembre de 2004); y reconocimiento de pensión en el extraño procedimiento que da lugar a la STS de 18 de noviembre de 2005 (por olvido del Juez de 1.º instancia al incluir en el fallo la pensión que se deduce acordada del resto de la sentencia el Ministerio fiscal entiende que ha tenido lugar una *reformatio in peius*, admitiendo el recurso el Supremo integrando el fallo de primera instancia acordando la correspondiente pensión).

Algunas de ellas, posteriores a la sentencia pretendidamente unificadora evidencian la imposibilidad de acudir a un único criterio de solución, proceder que se multiplica al consultar las resoluciones dictadas por Audiencias con independencia de que algunas de ellas recojan prácticamente la totalidad del pronunciamiento que nos ocupa, aunque no sea como fundamento del fallo.

2.5. *Influencia de las reformas del Código civil operadas por las leyes 13/2005 y 15/2005 sobre el tratamiento de las uniones de pareja*

Finalmente, para concluir esta visión general, es necesario mencionar la notable influencia que sobre el tratamiento de las parejas han tenido las dos reformas operadas en el Código civil por las leyes 13/2005 y 15/2005, en cuanto a la admisión del matrimonio homosexual y la regulación de un divorcio objetivo, sin causas, bautizado como “divorcio expres”.

Si las principales diferencias entre las relaciones de convivencia y el matrimonio estaban en estar vedado el segundo a las uniones del mismo sexo así como la libertad y facilidad de ruptura de las primeras, con las transformaciones operadas en el Código las divergencias de tratamiento prácticamente se han diluido.

La influencia se ha dejado sentir en diferentes foros, sea en la doctrina [por ejemplo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2007), p. 290, o GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2007), p. 125]; en la Jurisprudencia, como demuestra la sentencia objeto de este comentario [RUBIO TORRANO, E. (2006), buscando la causa del cambio jurisprudencial experimentado por la sentencia, manifiesta “¿Qué ha cambiado? La presencia en nuestro ordenamiento de dos nuevas leyes relativas al matrimonio y una atalaya distinta desde la que observar ahora este fenómeno]; o en el proceder del propio legislador estatal en el presente y entiendo que para el futuro, pareciendo cada vez más lejana la publicación de una ley de parejas.

Resulta así que la regulación de las parejas a nivel estatal pierde gran parte de su interés, pues, tal y como se ha dicho en nuestra doctrina “regular un segundo tipo de matrimonio, menos formal, sólo tiene explicación cuando el matrimonio formal es rígido y de difícil o imposible disolución, pero no lo tiene cuando el matrimonio formal se ha flexibilizado” [ROCA TRÍAS, E. (2005), p. 415]. Si existe plena libertad tanto para casarse como para divorciarse, pierde parte de su fuerza el argumento de la libertad de ruptura para definir la pareja [argumento que se había esgrimido insistentemente en la doctrina para negar la analogía con el matrimonio, especialmente por GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (2004), entre otras de sus publicaciones sobre la cuestión].

Por otra parte, es sabido que la imposibilidad legal de contraer matrimonio por las parejas del mismo sexo fue un claro detonante de la actividad de los legisladores autonómicos, y en algunas materias aisladas también del estatal, que intentaba, mediante el reconocimiento de derechos a las parejas remediar lo que se consideraba una situación injusta o discriminatoria.

El panorama se ha transformado radicalmente, hasta el punto de que es uno de los argumentos que se esgrime en la Sentencia, junto con el derecho a la libertad, para negar la aplicación de las normas previstas para el matrimonio –aunque, en mi opinión, de una forma algo forzada pues también podría haberse utilizado de contrario como un acercamiento entre ambas instituciones que permitiera demostrar la existencia de identidad de razón– en los siguientes términos:

“Es más, 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”.

En cuanto a la influencia mencionada en el proceder del legislador creo que la admisión del matrimonio homosexual no sólo alejará la posible publicación de una ley estatal de parejas, considerada cada vez menos necesaria, sino que además se ha utilizado hábilmente para reconocer menos derechos a las parejas como en el supuesto del reconocimiento de una reducida pensión de viudedad a las parejas al quebrar el principal argumento en contra de la poco consistente jurisprudencia constitucional que denegaba al conviviente homosexual tal derecho [ver AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. DE (2008)]. La máxima parece que será que el que quiera se case, pues todos pueden contraer matrimonio, y que no reclamen derechos de los casados los que pueden casarse o descasarse con facilidad, pues tal cosa implica una falta de respeto a la libertad de los que no quieren contraer matrimonio.

3. La Sentencia de 12 de septiembre de 2005

A continuación analizaré los principales puntos de interés que presenta la Sentencia, intentando abordar las distintas líneas de razonamiento recogidas en su texto especialmente en la parte de los fundamentos en que se intenta sentar doctrina, si bien, insisto, sobre cada una de ellas sería posible un estudio mucho más detallado.

3.1. Premisas indispensables: el respeto a la libertad de los integrantes de la pareja, la inexistencia de ley aplicable y la falta de identidad con el matrimonio

Los dos “principios esenciales” que deben presidir la regulación de las parejas, en sentir del Supremo, son:

“a) Uno, de rango constitucional, como es la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico –art. 1.1 CE–, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para su realidad y efectividad –art. 9.2 de la CE–, y justifica que el Título relativo a los derechos y deberes fundamentales tenga como pórtico la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás –art. 10.1 CE–. b) Y otro de legalidad ordinaria, y para ello hay que traer a colación todas las Leyes autonómicas– es ahora cuando se echa en falta una regulación general estatal” (sic).

El respeto a la libertad, manifestación del libre desarrollo de la personalidad se va asociando a lo largo de la sentencia con otras circunstancias o conse-

cuencias. Así, en primer lugar, con la posibilidad de que las partes, en ejercicio de aquella, pacten lo que tengan por conveniente con los límites del art. 1255 CC en cuanto a los efectos económicos de su ruptura.

Comparto totalmente las apreciaciones del Tribunal Supremo en cuanto a que el criterio de solución ideal está en la autorregulación de los integrantes de la pareja, pactando tanto el contenido de sus relaciones durante la convivencia como a su término, facilitando la disolución, lo que evitaría la mayoría de las reclamaciones ante los jueces [sobre el particular ver extensamente MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, (2007), pp. 293 y ss. y, especialmente, (2001), pp. 841 y ss; y LACRUZ BERDEJO, J.L. y RAMS ALBESA, J. (2005), pp. 298 y ss.).

Pactos que no necesariamente tienen que ser expresos –aunque sea lo ideal– sino que pueden deducirse del comportamiento de los convivientes, de la forma y manera en la que se desarrolla su relación a lo largo de los años (*facta concludentia*), como, por ejemplo, tener cuentas indistintas, poner los bienes a nombre de los dos, o desarrollar una explotación comercial en común, y que ha permitido a los Tribunales en muchos casos deducir la presencia de una voluntad de hacer comunes ciertos, algunos bienes, o la totalidad del patrimonio adquirido durante la convivencia. Se trata ésta de una solución bastante pacífica y que vuelve a tener gran predicamento entre los jueces en los últimos tiempos (por ejemplo SSTs de 5 de diciembre de 2005, 26 de enero de 2006, 22 de febrero de 2006 o 26 de mayo de 2006).

Lo que ya no comparto tanto es la afirmación que realiza el Tribunal en la Sentencia, en tono moralizante o de cierto reproche cuando mantiene que así –negando cualquier efecto económico a falta de pacto–,

“se fomentaría la madurez y autoresponsabilidad en la toma de decisiones y se afrontaría una realidad social huyendo de soluciones paternalistas y de principios generales fáciles en su formulación, pero de muy difícil fundamentación constitucional o legal, por no decir francamente inconstitucionales e ilegales”.

Prosiguiendo –en claro rechazo y censura de otros criterios mantenidos por el propio Tribunal y explicitados en el primer voto particular– que:

“cuando se afirma como principio general en esta materia el de favorecer al miembro “más desprotegido”, se omite preguntarse: ¿más desprotegido por qué o por quién? Dicho de otra forma, si la “protección” en la que se está pensando es la que brinda el régimen jurídico del matrimonio y este régimen se excluyó consciente y voluntariamente, ¿Dónde está la “desprotección” que jurídicamente haya que remediar?”.

El respeto a la libertad también conduce al ponente directamente al tratamiento de la analogía. Ciertamente comparto la apreciación de que las personas que no quieren contraer matrimonio lo hacen habitualmente en ejercicio

de su libertad que no puede quedar conculcada por reglas jurídicas o doctrinas que dificulten la ruptura [ver también ROCA TRÍAS, E. (2005), p. 413], resultando contradictorio que se reclamen soluciones de la institución que precisamente se ha evitado, en términos de la Sentencia:

“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”.

Del mismo modo habría que afirmar que hasta fechas recientes la principal característica que diferenciaba a las uniones de hecho del matrimonio era la facilidad de ruptura de pareja. Por eso, como hemos señalado, se ha apuntado por la doctrina en numerosas ocasiones que la falta de identidad de razón entre ambas instituciones radica esencialmente en la libre ruptura de las parejas, que no podría quedar obstaculizada por el establecimiento de indemnizaciones o pensiones [argumento manifestado en repetidas ocasiones por GAVIDIA SÁNCHEZ, J.L. (2007) y (2004)], consideración que parece compartir totalmente el ponente de la sentencia cuando entiende que:

“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 tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la ruptura de la libre pareja”.

Lo que ya no me parece tan evidente es la influencia de la regulación del matrimonio homosexual y del divorcio unilateral en la diferenciación de ambas instituciones –cuando precisamente lo que hace es acercarlas–, no considerando adecuado que mantenga el Supremo que *“es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio”*. ¿Cómo no va a tener nada que ver el matrimonio con las uniones de pareja? Sin duda en las relaciones de pareja la convivencia diaria determina que se reproduzcan los mismos comportamientos y estándares que se desarrollan en los matrimonios: las decisiones a tomar, la titularidad de los bienes adquiridos, las obligaciones contraídas, la manera de sufragar los gastos que implica el sostenimiento de la familia, la atención a las necesidades del otro integrante de la pareja o a los hijos comunes. Se ha dicho así que *“las uniones de hecho reguladas últimamente y las no contempladas, pero tampoco excluidas, se miran en el modelo matrimonial, tanto que sus vivencias y problemas, hasta los de forma, tratan de ser resueltos por la vía matrimonial, a la que imitan legisladores, jueces y particulares, sobre todo en la solución de las crisis, idénticas a las matrimoniales”* [RAMS ALBESA, J., (2004), p. 4049]. Creo que es algo incuestionable.

Puede ser, en mi opinión, que el problema de no querer reconocer tal evidencia por los jueces se deba a la férrea voluntad de seguir la afirmación pronunciada en su día por el Tribunal Constitucional, y recurrentemente acogida en los

pronunciamientos de distintas instancias, al negar que se trate de realidades equivalentes (ya desde las SSTs de 22 de julio de 1993 ó 30 de diciembre de 1994), considerando los tribunales, probablemente, que si se niegan las similitudes entre ambas instituciones se dificulta el reconocer una posible identidad de razón de cara a posibles aplicaciones analógicas, pudiendo radicar en este tajante razonamiento el principal problema en la resolución de los conflictos planteados.

La falta de identidad se justifica por algunos en la facilidad de ruptura, por otros –como sucede en el segundo voto particular– en la ausencia de régimen económico matrimonial, pero luego, en ambos casos la solución concreta se conduce a comparar los requisitos entre la solución a la que se llega en cada caso y determinadas reglas del matrimonio.

Se niega en la sentencia el posible recurso a la analogía *legis*, pero no tiene inconveniente en deducir el principio de enriquecimiento injusto, a través de la analogía *iuris*, precisamente de las normas pensadas para los matrimonios, cuando en absoluto estaba obligado a hacerlo así. Y no se diga, aunque literalmente lo expresa la sentencia, que el principio del enriquecimiento no se deduce de las reglas del matrimonio, sino de los arts.10-9 y 1887 CC [como mantiene GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (2007)] que, en mi opinión, se mencionan en la sentencia más por haber sido invocados como motivo del recurso por el recurrente que por considerar que de ellos se derive la solución al caso, pues no se les dedica ni una línea a lo largo de la extensísima sentencia.

No dudo de la posibilidad de aplicar el principio inspirador de una norma concreta mediante la técnica de la analogía *iuris* [ver LACRUZ BERDEJO, J.L-RAMS ALBESA, J. (2005), p. 296], pero lo que no comparto es que el enriquecimiento injusto derive o se deduzca de las reglas del reconocimiento de la pensión compensatoria en caso de ruptura del matrimonio. De las variadísimas circunstancias a tener en cuenta en el art.97 CC para el establecimiento de pensión el único principio que puede extraerse es la obtención de una compensación cuando la ruptura implica un empeoramiento para uno de los esposos en comparación con la situación anterior, pero haciendo abstracción total y absoluta de la posible presencia de un enriquecimiento injusto.

Es más, en el párrafo siguiente de la Sentencia –a mi juicio el más complejo de interpretar– después de recoger los mencionados artículos se afirma textualmente:

“Pues la pensión que se puede conceder en los supuestos de ruptura requiere básicamente que se produzca un desequilibrio, que se mide en relación con el otro cónyuge y que implica un empeoramiento en relación con la situación anterior. Estos rasgos definitorios de la base o causa de la compensación, ¿hasta qué punto son proyectables sobre una convivencia “more uxorio” en la que, por hipótesis, ni un cónyuge (sic) ni el otro se obligaron o vincularon a una vida en común? Habrá que estar, como ya

se ha dicho, al supuesto, a la existencia de pactos, promesas o la creación y el sostenimiento de situaciones de facto de las que, por la vía de los “facta concludentia” se pueda deducir que hubo ese proyecto de vida en común y que se ha producido lo que se denomina “perdida de oportunidad”, que sería, aquí, el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de “empeoramiento” que ha de calificar el desequilibrio”.

Verdaderamente no entiendo el ejercicio, totalmente innecesario, de distinguir entre el concepto de empeoramiento y el desequilibrio, ni la sustitución de uno por otro, ni la alusión a los posibles acuerdos o pactos tácitos de los que pudiera deducirse el proyecto de vida en común –¿contribución al levantamiento de las cargas?– y que se traduce en la pérdida de oportunidad que se constituye en el “factor de soporte” de una posible ¿compensación? Entiendo que después de afirmar, literalmente, que “no debe excluirse cuando proceda la aplicación del derecho resarcitorio para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado, en los supuestos de una disolución de una unión de hecho”, la consecuencia inmediata sería que el ponente relacionara la situación descrita con la figura descrita en el art.97 CC, pero no con el principio de enriquecimiento sin causa.

Ahora bien, si lo que quiere el Tribunal es proscribir el reconocimiento de la pensión compensatoria y entrar a valorar si ha existido o no un enriquecimiento injusto, lo que me parece plausible y riguroso, que se olvide de las comparaciones y de los complicados razonamientos expuestos y se limite a constatar si concurren o no los presupuestos de aplicación de tal doctrina. No lo necesita, resulta artificial y además difícil de conectar, pues la pensión compensatoria está pensada para el mañana, teniendo en cuenta una serie de circunstancias pasadas, presentes y previsibles de futuro que puedan determinar un desequilibrio próximo que habrá que paliar de alguna manera; mientras que la doctrina del enriquecimiento injusto mira siempre hacia el pasado intentando compensar desplazamientos patrimoniales injustificables que han tenido lugar por determinada situación o realidad, en este caso la convivencia de pareja.

Otro supuesto de razonamiento excesivamente complicado lo presenta la STS de 19 de octubre de 2006 (con cita expresa de la del 2005 en cuanto a que la pareja nada tiene que ver con el matrimonio) en la que se vuelve de nuevo al método inductivo para mediante analogía *iuris* deducir un principio que permita aplicar las reglas de disolución de la comunidad, en un supuesto en el que, además, se afirma que no hay comunidad. No se necesita, si hay comunidad por supuesto que se aplican las reglas de disolución de la comunidad, pero directamente, y si no hay comunidad por descontado que no. El hábito de mezclar unas y otras figuras, o de evitar el acudir sin más a reglas perfectamente aplicables tan sólo sirve para confundir todavía más el complejo panorama de la resolución de los conflictos entre los convivientes *more uxorio*.

Puede observarse igualmente en algunos supuestos enjuiciados que resulta forzada la negativa a la analogía para que después, por la vía indirecta del enri-

quecimiento injusto o por la presencia del principio de protección al conviviente perjudicado, se terminen reconociendo idénticos derechos a la legítima foral del cónyuge viudo catalán (STS de 17 de junio de 2003), o a la atribución de la vivienda familiar prevista en el art.96 del CC (STS de 10 de marzo de 1998), o la condena a entregar a la mujer un tercio de los bienes de su conviviente premuerto (STS 23 de noviembre de 2004), por mencionar algunas sentencias concretas.

En otros casos, alegando la presencia de intereses de personas distintas a los integrantes de la pareja, no tienen inconveniente ninguno los tribunales en aplicar directamente a las parejas reglas dictadas para los casados, como la posibilidad de realizar convenios reguladores al amparo del art.90 y siguientes del CC, o permitir resolver la cuestión de la vivienda –si hay hijos– conforme al art.96 CC, o incluso sin ellos, directamente, como una extensión moderada de las reglas del matrimonio (STS 16 de diciembre de 1996).

Es difícil determinar cómo reglas tan abstractas y teóricas se cifran en soluciones tan concretas y específicas sin que conste en el procedimiento ningún tipo de valoraciones, cálculos o cuantificaciones. Por eso no extraña encontrar opiniones a favor de aplicar sin más la analogía, cuando verdaderamente en el supuesto enjuiciado exista identidad de razón, como cuando se afirma que “hay que decirlo con toda claridad, la analogía proporciona una regla perfectamente segura. Sin duda, incomparablemente más segura que la que ofrecen sentencias que aplican los principios del enriquecimiento injusto y la protección al conviviente más perjudicado” [MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (2007), p. 37; también, con detenimiento ESPADA MALLORQUÍN, S. (2007), pp. 288 y ss., y en cuanto a los presupuestos de la analogía y su análisis pormenorizado pp. 312 y ss.]; o bien otras que parten de considerar una posible inicial inexactitud en el razonamiento de los tribunales, pues afirmar que el matrimonio y las uniones de pareja no son lo mismo, que no lo son, es precisamente lo que justificaría el acudir a la analogía en búsqueda de la solución [CARRASCO PERERA, A. (2006), p. 494].

3.2. *De la exclusión de la aplicación analógica a la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. Análisis de sus presupuestos*

Volviendo a la Sentencia objeto de nuestro interés, una vez excluida la aplicación analógica de las reglas del matrimonio, descartado el hecho de que la simple ruptura sea causa de indemnización, extremo en el que coincido completamente con el ponente, habiendo admitido, citando a la doctrina, que “*la acción de enriquecimiento injusto puede, en la práctica, ser la vía adecuada para la obtención de indemnizaciones a la ruptura de la unión de hecho, siempre que concurren los requisitos que la jurisprudencia tiene delimitados para que juegue la misma*”, llega en el último párrafo del tercer fundamento a la cuestión del enriquecimiento injus-

to que resuelve, citando unas consideraciones de la STS de 17 de junio de 2003 relativas a los presupuestos de la institución.

No puedo menos que censurar, con todo el respeto que me merece el intentar poner orden en la cuestión, que si se trataba de dictar una sentencia unificadora deberían haberse cuidado más las argumentaciones recogidas respecto del principio del enriquecimiento. La sentencia de 17 de junio de 2003 adoptada como modelo no puede calificarse precisamente como la más rigurosa o precisa en sus fundamentos, pues claramente lo que intenta es resolver en justicia. El supuesto enjuiciado es el de una ruptura *mortis causa* tras 53 años de convivencia en la que la falta de previsión testamentaria del conviviente premuerto determinaría que la totalidad de su patrimonio iría a la hermana del difunto. Reclamándose la aplicación del art.97, del art.1902, y de la doctrina del enriquecimiento injusto se decide el magistrado por la última, considerando que el haberse dedicado la conviviente a la atención de su pareja en exclusiva y al cuidado del hogar familiar prestando ayuda material y moral repercutió en el aumento del patrimonio del difunto, con claro descuido del patrimonio propio, por lo que condena a la hermana del fallecido a entregar a la conviviente la cuarta parte del patrimonio, excluidos los inmuebles de procedencia familiar, así como la utilización vitalicia de la vivienda. El Tribunal manifiesta –como toda argumentación y sin prueba sobre ninguno de los extremos apuntados– lo siguiente:

“Esta situación 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 (“damnum 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 al 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 (...) 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 a favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado de justicia insoslayable”.

Términos que son textualmente reproducidos en la sentencia que nos ocupa y que, si bien no dudo de su exactitud teórica no se deducen en absoluto de la situación enjuiciada, pudiendo calificarse más bien como de libre apreciación por el tribunal.

Existen otros pronunciamientos del Supremo en los que se realizan algunas consideraciones más precisas sobre la doctrina del enriquecimiento injusto, mencionando sus presupuestos, de los que uno, el cuarto o regla de subsidiariedad, no se incluye en la sentencia del 2005.

En concreto la STS de 11 de diciembre de 1992, siguiendo la reiterada doctrina general del Supremo sobre el particular, requiere que se cumplan los siguientes requisitos: a) enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido; b) empobrecimiento correlativo del actor, representado por un daño emergente o un lucro cesante; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento; y, finalmente, d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio [sobre la necesidad de un replanteamiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia y su sustitución por la inclusión, caso por caso, del supuesto en función del tipo de *condictio* por el que se pretenda la restitución ver BASOZÁBAL ARRÚE, X. (1998), pp. 332 y ss.].

El enriquecimiento injusto es un principio de compleja aplicación práctica, debido especialmente a la generalidad en que aparece formulado, que indudablemente requiere, para constatar la presencia o no de los presupuestos valorar caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias presentes en cada reclamación. Los requisitos del correlativo enriquecimiento-empobrecimiento son, sin duda, extremos de difícil demostración que exigen, en mi opinión, una prueba rigurosa que no puede de ningún modo deducirse de la libre apreciación del juez según sus criterios de justicia o equidad.

Es decir habrá que llevar al juzgador a la convicción de que uno de los convivientes ha experimentado un real enriquecimiento patrimonial en detrimento directo del patrimonio del otro, circunstancia que podrá quedar constatada en todos aquellos supuestos en los que uno de los integrantes de la pareja descuida su propia profesión para atender a la del otro o a sus relaciones sociales o familiares, o cuando trabaja para el otro sin remuneración o con remuneración insuficiente, pues tales actividades suponen una clara merma de ingresos para uno con el correspondiente ahorro del otro. No obstante creo que es necesario que exista un fuerte principio de prueba sobre tales extremos justificado por los medios que sean, que exija una labor de cuantificación y de cálculo por parte del juez (a título de ejemplo puede mencionarse la extensa SAP de Madrid (S.10.^a) de 27 de abril de 2007 en la que, citando la sentencia de 2005, se entiende que no existe enriquecimiento injusto después de una prueba exhaustiva y detalladísima de los ingresos y cuentas de las partes). Lamentablemente son muchos los pronunciamientos en los que no se detallan los presupuestos mencionados, deduciéndolos el tribunal de la actividad de los miembros de la

pareja sin ningún tipo de cálculo ni cuantificación. Incluso en la STS de 6 de octubre de 2006 –en la que, por cierto, no se menciona la sentencia del 2005–, se dice que cabe enriquecimiento “merced a los servicios prestados” y que deberá fijarse en ejecución de sentencia, convirtiendo el principio en una auténtica regla de equidad, que es precisamente lo que parece no querer el Supremo con la sentencia de septiembre de 2005 al proscribir el reconocimiento del principio de protección al conviviente.

Ahora bien, lo que no me parece admisible bajo ningún concepto es que el trabajo para la casa o para la familia sin más se considere una situación que propicie un enriquecimiento injusto, especialmente cuando uno de los integrantes de la pareja ha estado siendo mantenido económicamente por el otro sin haber ingresado cantidad alguna a lo largo de la situación de convivencia [también BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., (2006), p. 23]. Creo que en esos casos no debería aplicarse la doctrina expuesta, debiendo buscarse la posibilidad de reconocimiento de alguna compensación en otra institución o principio. No obstante dedicaré algunas reflexiones a esta cuestión especialmente desde la contemplación del requisito de falta de causa que justifique el enriquecimiento con la finalidad de aclarar algunos extremos.

He mencionado que uno de los presupuestos que justifican el recurso a la aplicación del principio de enriquecimiento es la ausencia de causa del mismo, esto es, que se trate de una atribución o de una ventaja que no tiene justificación alguna [ver sobre la cuestión GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (2006) pp. 4 y ss.].

El tema se relaciona directamente con la posible existencia de una obligación de contribución al levantamiento de las cargas familiares por parte de los integrantes de la pareja que hay que entender que, en el ámbito del Código civil, no existe, aunque sí se contempla en algunas leyes de parejas. La inexistencia de tal obligación conduce a algunos a afirmar que “el enriquecimiento que experimenta el conviviente que se beneficia de la dedicación desinteresada al hogar de su compañero carece de justificación o de causa en sentido jurídico, de modo que debe indemnizarle o compensarle económicamente por esa dedicación, al tiempo de romperse la convivencia” [DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2006), p. 251]. Seguir el argumento lleva directamente a considerar que siempre que uno se dedique a la casa se produce un desequilibrio carente de causa que justifica acudir al enriquecimiento sin causa, lo que parece más propio del principio de protección al conviviente o de la analogía con la pensión compensatoria.

No es ahora el momento de plantearlo, pero ¿qué sucedería con las parejas que no quedan dentro de la regulación de las leyes autonómicas competentes?, ¿están obligadas al levantamiento de las cargas o no? Si no lo están ¿pueden acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto? Si es así, ¿no estamos imponiendo a unas la obligación de contribuir y a otras no? Puede que sea así en los casos en que se exigen cumplimientos de formalidades, de inscripción en regis-

tro o de sumisión al contenido de las leyes, pero ¿y en los casos en los que la ley se aplica con independencia de la voluntad de los sujetos? En definitiva, se estaría imponiendo un deber de levantamiento de las cargas familiares a personas que no han expresado su voluntad al respecto.

Creo que, repito que en el marco del Código civil, ninguno de los integrantes de la pareja está obligado a sustentar los gastos o necesidades del otro, no existe tal carga, y cualquier pretensión ante los tribunales entablada durante la relación de pareja, y no después en la ruptura, que así lo solicitara entiendo que sería rechazada de plano.

Pero claro está de manera recíproca, esto es, ninguno de los dos, ni el que pone más desde el punto de vista económico, ni el que colabora para la casa, por que entender otra cosa obligaría a replantearse si no serían admisibles también reclamaciones en las que el que todo lo hubiera sufragado –al no estar obligado a hacerlo, ni existir causa de semejante desplazamiento patrimonial– se hubiera empobrecido a costa del otro y pudiera también reclamar a éste por enriquecimiento injusto [lo considera así también CARRASCO PERERA, A., (2006), pp. 479 y 512, manifestando en esta última “si la doctrina del enriquecimiento sin causa fuese la procedente en estos casos, sería deudor (y no acreedor de la pensión) el cónyuge o pareja pobre, casado o unido con una persona rica, que ha mantenido a cuerpo de rey a la primera todo el tiempo en que duró la relación”].

Es decir, si uno se beneficia de la dedicación al hogar o a la casa del otro –sin obligación de hacerlo–, el segundo también se lucra de la situación en cuanto a que es sostenido por el primero durante todo el tiempo que dure la convivencia sin tener ningún derecho a ello. Otra cosa, insisto, es que el comportamiento de uno repercute en el aumento patrimonial del otro por haber contribuido más mediante su trabajo dentro y fuera de casa, o abandonando sus propios intereses o expectativas para desarrollar los del otro, o que haya pagado sus deudas, o haya realizado inversiones en sus bienes, por ejemplo. Algunos de estos casos particulares tendrían acomodo en las categorías de enriquecimiento que facilitan la concreción de la figura y su entendimiento y aplicabilidad práctica, alejando la institución de una simple regla de equidad [ver BASOZÁBAL ARRUE, X. (1998), pp. 202 y ss. y pp. 330 y ss.; y DÍEZ-PICAZO, L. (1991), pp. 99 y ss.]. Así ciertos de los comportamientos descritos podrían llegar a considerarse incluidos en los supuestos de *condictio* por prestación (por ejemplo *condictio indebiti*), o de *condictio* por intromisión (uno mejora los bienes del otro), o por inversión o desembolso (por ejemplo *condictio* por impensas en el caso en que se hayan realizado gastos en las cosas o bienes del otro). Por ejemplo, en el caso resuelto por la SAP de Castellón (S. 1), de 21 de diciembre de 2007, puede apreciarse alguna de estas formas de enriquecimiento al comprar la mujer una serie importante de bienes que va poniendo a nombre de su compañero sentimental al que había conocido por un anuncio de contactos. Rota una breve convivencia de entre los numerosos argumentos esgrimidos en el recurso entiende la resolución de la Audiencia, después de citar la sentencia de 2005, que

se ha producido un enriquecimiento injusto al permanecer la totalidad de los bienes en poder del actor, lo que origina una pérdida definitiva para ella, con su consiguiente empobrecimiento sin causa, condenando al demandante a abonar una suma superior a cuatrocientos mil euros.

No obstante, resulta enormemente complicado buscar acomodo a la mera realización de trabajo para la casa, porque las prestaciones de hacer tienen difícil cabida en las distintas categorías apuntadas, debiendo acudir a una interpretación amplia, excesivamente forzada, de la *indebiti conductio* que permitiera incluir un *facere* [ver sobre las categorías apuntadas DÍEZ-PICAZO, L. (1991), pp. 101 y ss.].

Pero es que, además, si sólo se van a mirar las cosas desde el punto de vista del perjudicado por la ruptura o del que sufre un empeoramiento o desequilibrio, porque su situación empeorará respecto de la que mantenía durante la convivencia, estamos traspasando las fronteras del enriquecimiento injusto y entrando, una vez más, en el campo del principio de protección al conviviente perjudicado o en el de la pensión compensatoria.

Por otra parte no entiendo muy bien todo el razonamiento que lleva a cabo el Supremo –en cuanto a la equiparación del empobrecimiento con la pérdida de expectativas o el abandono de la propia actividad por la dedicación a otro– para después entender que la doctrina no es aplicable. Creo que no cuadra muy bien, quizá porque los argumentos recogidos en cuanto al particular lo son de una sentencia en la que sí se reconocía la aplicación de la doctrina dando lugar, nada menos, que a una indemnización de la cuarta parte de un patrimonio.

Las concretas circunstancias que tiene en cuenta el Tribunal para negar la presencia de un enriquecimiento sin causa son, literalmente, las siguientes: la edad de la pareja (52 y 51 años); que ella es funcionaria y además recibe una pensión de un estado extranjero; que no estaban casados al constituir la pareja; y que la convivencia ha durado 19 años habiendo convivido también los dos hijos de ella. Según expresión textual de la sentencia:

“de todo ello se infiere que la mujer, en razón a la convivencia, no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones. Que tampoco sufre minusvalía o enfermedad alguna. Y que incluso aportó a la comunidad la carga del cuidado y educación de dos hijos, provenientes de su matrimonio. Así, en el presente caso no se puede hablar de un empobrecimiento de la parte actora, y si la parte demandada ha visto aumentado su patrimonio de una manera moderada es debido al acierto en el desinvolvemento de su actividad –un servicio de ambulancias–. Y tampoco se puede hablar de una causa que fundamente la situación económica antedicha”.

Pues bien, la solución podría ser diferente si se interpretara la doctrina del enriquecimiento de forma rigurosa, pues si ella ha trabajado siempre dentro y

fuera de casa, aportando incluso una pensión durante 19 años, sí podría haber repercutido su dedicación y trabajo al incremento patrimonial de su pareja, en detrimento del suyo propio que parece no existir.

Otra cosa, y en eso coincido con algunas consideraciones de uno de los votos particulares, es que en la situación descrita no exista desequilibrio de cara al futuro, en cuyo caso volveríamos al terreno de la pensión compensatoria [parece entenderlo también así RUBIO TORRANO, E. (2006)].

Es decir, resumiendo las consideraciones expuestas, podría haberse confirmado el criterio de la Audiencia estimando que se aprecia un enriquecimiento injusto, en la cuantía acreditada que no necesariamente sería la mitad del patrimonio; o entender que no se han demostrado los presupuestos exigidos y casar la sentencia de la instancia anterior, pero sin tener que recurrir para ello a la analogía ni a las circunstancias que determinan el establecimiento de la pensión compensatoria.

3.3. Análisis de los votos particulares

Como ya he señalado repetidamente la sentencia de 2005 cuenta con dos importantes votos particulares que intentaré resumir para no extenderme excesivamente.

El primer voto (formulado por el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz) difiere diametralmente de la resolución, tanto en el fallo como en las argumentaciones que sirven al mismo, afirmando que debería haberse desestimado el recurso confirmando la condena al pago de la indemnización acordada por la instancia.

El voto es consecuente con la línea jurisprudencial, propiciada por el mismo magistrado, de reconocimiento y aplicación del "principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho", apreciado por primera vez en la STS de 10 de marzo de 1998, reafirmado en las posteriores SSTS de 17 de enero de 2003, y de 23 de noviembre de 2004 [ampliamente comentado en la doctrina, por todos AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. DE [2004 (pp. 230 y ss.) y 2002 (pp. 193 y ss.)]. La finalidad del principio, totalmente contraria a la de la sentencia, está en evitar el perjuicio injusto, protegiendo al que aparezca perjudicado:

“en el sentido de que una persona, tras una larga convivencia no puede quedar apartada de todo beneficio económico o aumento patrimonial que se haya producido durante la misma; en otras palabras, a la inversa: tras una convivencia, no puede uno de los convivientes retener para sí todo el beneficio o aumento del patrimonio que se ha producido. En ningún caso se admite que se valoren las aportaciones económicas de cada uno, ya que no puede desconocerse la realidad del valor del trabajo doméstico y dedicación a la familia que ha realizado uno de ellos. Aquí esta el quid de la

cuestión: los temas que han llegado a casación no son otros que las consecuencias que produce para uno de ellos la ruptura de la relación; y éste “uno de ellos” siempre ha sido la mujer, por lo menos hasta ahora”.

El principio, con gran acogida en las instancias inferiores, persigue resolver el justicia todas aquellas situaciones en las que se deduzca de las concretas características de la convivencia que la ruptura, *inter vivos* o *mortis causa*, ha causado un grave perjuicio a alguno de los convivientes, evitando que se produzca un enriquecimiento injusto fuera de todo parámetro o requisito de exigencia, que permita aplicar la solución más adecuada.

Sin duda esta línea de pensamiento no encubre el deseo del Tribunal de resolver en justicia, lo hace directamente; pero es complejo determinar como un principio general de derecho, obtenido por inducción de la regulación positiva, se concreta en soluciones prácticas tan variadas como la atribución de vivienda (STS de 10 de marzo de 1998), una indemnización de un tercio del valor de los bienes (STS de 17 de enero de 2003), o una compensación estimada en un tercio de los bienes tras el fallecimiento de la pareja (STS de 23 de noviembre de 2004).

En todos los casos apuntados se trata de convivencias largas, con comportamientos similares al matrimonio y en los que la mujer, tras la ruptura, queda perjudicada al no participar en el patrimonio formado por su pareja.

Como ya he señalado la apreciación del principio suele ir en paralelo con algunas consideraciones sobre el enriquecimiento dando lugar a una recepción por la jurisprudencia menor un tanto confusa de la doctrina que suele traducirse en una auténtica creación judicial del Derecho, o en confusas argumentaciones sobre el criterio de resolución del supuesto particular (como ejemplo de lo anterior puede mencionarse la SAP de Murcia (S.5) de 7 de febrero de 2006, en la que, reconociendo el magistrado la complejidad que presenta la Sentencia de 12 de septiembre de 2005 por la presencia de los dos votos particulares, aúna los tres criterios de resolución acordando el pago de una compensación económica).

El segundo voto (formulado por los Excmos Sres. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel y D.^a Encarnación Roca Trías) coincide en el fallo acordado por la mayoría, pero difiere en la argumentación jurídica que conduce al mismo.

Se trata de un voto en el que se recogen distintas consideraciones jurídicas, todas ellas de gran importancia y que tampoco ha sido acogido de forma uniforme por la doctrina [severamente criticado por GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (2006) que llega a formular más de dieciocho observaciones críticas; o por el contrario, “afinando mejor los instrumentos de los que se sirve la argumentación”, en términos de RUBIO TORRANO, E. (2006)].

El extenso voto, digno de un estudio más profundo del que se puede dedicar aquí, después de describir la situación que atraviesa el tratamiento jurídico

de las parejas, se centra en la posibilidad de aplicar las normas que disciplinan la ruptura de los matrimonios, en concreto las relativas a la pensión compensatoria, lo que en sentir de los magistrados no implica necesariamente aplicar las normas del matrimonio ni las del enriquecimiento por tres razones: a) solo se contempla el momento de ruptura; b) que aunque puedan asemejarse en la ruptura difieren en la inexistencia de régimen económico en las parejas; y c) que la compensación, independiente del enriquecimiento injusto, se contempla en otras normas como el art.98, en el que no hay matrimonio, o el art.1438 CC, en el que falta la comunidad.

En todos esos casos existen tres elementos comunes con las uniones de hecho: a) cesación de convivencia; b) posible perjuicio para una de las partes; c) comparación con la situación anterior.

Insisten los magistrados, a mi entender de manera precisa, que los requisitos de la posible pensión nada tienen que ver con los del enriquecimiento injusto, procediendo a diferenciar ambas instituciones de forma rigurosa, y considerando, en lógica consecuencia, que en el supuesto presente no concurren los presupuestos para poder reconocer compensación. No obstante admiten que, de concurrir tales requisitos “*podría aplicarse a la ruptura de la pareja de hecho el régimen previsto para la ruptura del matrimonio en el art.97 Código civil*”.

Completamente de acuerdo con el voto formulado si lo que se quiere es considerar que existe identidad de razón con el matrimonio que posibilita la aplicación analógica de sus normas. Lo que no considero correcto es que se mantenga que reconocer pensión compensatoria “*no significa necesariamente aplicar analógicamente las reglas del matrimonio*”; o que se hable de una diferencia esencial por la ausencia de régimen económico, para afirmar después que puede asemejarse a la separación de bienes.

Si la solución a las rupturas de las parejas está para estos magistrados en el recurso al art.97 del CC que se reconozca tal cual, admitiendo que es una aplicación de una norma dictada y pensada para el matrimonio, pero que se admita abiertamente y no con razonamientos indirectos.

3.4. Replanteamiento de algunas de las soluciones apuntadas en la sentencia

En mi opinión, como ya he manifestado, creo que es difícil y forzado extraer de las reglas de la pensión compensatoria un principio como el del enriquecimiento injusto que no está reflejado en absoluto en la finalidad del precepto.

De las premisas de las que parte el art.97 CC lo que se deduce es el derecho a una pensión que tiene como finalidad paliar la situación de desequilibrio que se produce entre los “esposos” por la ruptura del matrimonio. Si bien son variadas las circunstancias a tener en cuenta no se extrae de las mismas que el propó-

sito del legislador sea evitar el enriquecimiento de una de las partes, en lo que coincido totalmente con el segundo voto particular.

Creo que, cuando hay matrimonio, la forma de evitar los posibles enriquecimientos de uno a costa del otro se debe buscar en las reglas de régimen económico matrimonial y en las de su disolución, y no en las de ruptura.

En el régimen de gananciales, con independencia de que existan créditos plenamente exigibles y reintegrables entre los esposos, está prevista una participación de uno en las ganancias del otro, nada menos que de la mitad, en la que no se valoran las contribuciones de uno o de otro, ni la dedicación a la familia, ni circunstancias similares o paralelas. Aunque ninguna de esas contingencias tuviera presencia las reglas de disolución se aplicarían igual.

Es, precisamente, en el marco de la liquidación y del reconocimiento de ciertos créditos exigibles entre los esposos donde podría valorarse la presencia de una voluntad por parte del legislador de evitar enriquecimientos injustificados, por ejemplo, cuando uno contribuye a mejorar los bienes de otro, o ha sufragado económicamente el mantenimiento de los hijos del otro que no conviven en el hogar familiar, y así muchos supuestos más.

En las relaciones de pareja la disolución de una posible situación comunitaria sólo podrá derivarse de la existencia de un pacto expreso para hacer comunes ciertos bienes (comunidad o sociedad) o algunos de ellos, o de la posible apreciación de un pacto tácito derivado del comportamiento de las partes. Fuera de eso si uno ha contribuido a satisfacer gastos que no eran de su incumbencia, o a pagar con sus ingresos bienes que tan sólo figuran a nombre del otro lo que habrá, en principio, es posibilidad de solicitar el reintegro correspondiente, siempre que, principal dificultad, pueda demostrarse así destruyendo la titularidad formal.

En el marco del régimen de separación de bienes la situación, existiendo régimen económico matrimonial, que existe y es incuestionable, la cuestión es diferente porque no hay comunidad.

Evidentemente existirán créditos exigibles entre ellos, como entre extraños, cuando uno satisfaga deudas que tan sólo le incumben al otro, o haya contribuido con su dinero a adquirir o mejorar los bienes del otro.

Por lo mismo podrán existir bienes comunes cuando así lo quieran los esposos, también como entre extraños, que se liquidarán según las reglas de la comunidad ordinaria.

Por supuesto, ya que se trata de un matrimonio, es también de aplicación aquí lo previsto en el art.97 del CC en cuanto a la pensión compensatoria para paliar posibles desequilibrios en caso de ruptura.

Pero sí se encuentra en este régimen una norma cuya finalidad está claramente en evitar una cierta injusticia entre los esposos (aunque no se trate de

demostrar rigurosamente los requisitos del enriquecimiento sin causa) cuando uno de los cónyuges ha contribuido con su dedicación al hogar o a la casa y que permite solicitar una indemnización por tal concepto, y es el párrafo final del art.1438: *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.* A diferencia de lo que sucede en el Derecho catalán la regla no se somete a los presupuestos del enriquecimiento injusto, aunque entiende la mayoría de la doctrina que se trataría de indemnizar al cónyuge que ha contribuido más de lo que debía o lo ha hecho en una medida que supera con mucho la proporcionalidad.

Pues bien, puestos a buscar la aplicación analógica de alguna norma ¿por qué no acudir al art.1438 del CC? Podría llegar a defenderse la identidad de razón entre el matrimonio en régimen de separación de bienes y la pareja no casada, sometida al Derecho común, no la que lo está a leyes especiales autonómicas (siempre que sean legisladores competentes).

Ciertamente existen algunas diferencias importantes, como son la presunción de comunidad en caso de que las partes no puedan llegar a demostrar a quien pertenecen los bienes (principio de titularidad formal); así como una obligación de contribución al levantamiento de las cargas familiares, con la correspondiente responsabilidad, ya hemos visto que cuestionable en las parejas. Esas reglas no tendrían posibilidad de extensión a los convivientes a falta de previsión del legislador al respecto, como sucede precisamente en el Derecho francés, en el que están incluidas en la regulación del art.515 del Código civil francés que regula el llamado pacto de solidaridad (PACS- reformado profundamente por la ley de 23 de junio de 2006).

Si bien tales normas, insisto, podrían no hacerse extensivas a las parejas no veo inconveniente en hacerlo con el último inciso del art.1438 CC que tan sólo recoge una regla de disolución de una situación de independencia patrimonial en la que han existido intereses comunes, lo que, en mi opinión, no implica una penalización de la ruptura de la pareja, a diferencia del reconocimiento de pensión compensatoria.

Pero es que, además, si es necesario seguir sustentando esa, más que discutible, falta de equiparación con el matrimonio que proscribe el recurso a la analogía *legis*, si sería posible la abstracción, mediante la analogía *iuris*, técnica auspiciada por la Sentencia unificadora, de un principio general cercano al del enriquecimiento injusto que permitiera valorar las situaciones de sobrecontribución o de ruptura de la proporcionalidad entre las aportaciones de cada conviviente al sostenimiento de la pareja o de la unidad familiar. Se permitiría así aplicar una norma pensada para la disolución de una situación de convivencia, cuando no sea posible recurrir a las reglas de liquidación de la comunidad por no existir voluntad expresa o tácita de hacer los bienes comunes, que parte de unos planteamientos muy próximos en cuanto al modelo de actuación de los

integrantes de la pareja que deben resolver los mismos problemas aunque en un caso de trate de un modelo matrimonial y en otro no.

En este supuesto concreto la vía podía haber quedado abierta siendo respetuosos con las reglas que rigen el procedimiento puesto que en el caso enjuiciado había sido invocado el art.1438 como infringido en uno de los motivos del recurso con lo que Supremo no habría tenido que forzar la causa de pedir, a diferencia de los sucedido en otros pronunciamientos en los que, *obiter dicta*, decía el Tribunal:

“Medítese, en relación con la analogía solicitada en este caso (...) en el contenido del art.1438 del CC que respecto del régimen de separación de bienes, que, desde luego a salvo pactos en contra, es el que rige, con carácter absoluto, para las uniones de hecho...” (STS de 27 de marzo de 2001).

4. Bibliografía

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. DE, “Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de parejas no casadas”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T.I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España- Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 223 y ss.
- “La aplicación de las leyes de parejas no casadas por parte de los tribunales”, *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre 2004, pp. 527 y ss.
- *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- “Una limitadísima pensión de viudedad para las parejas no casadas”, *Boletín del Departamento de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid*, n.º 2, 2008, <http://www.ucm.es/centros/cont/descargas/documento7931.pdf>.
- BASOZÁBAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., “Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2006, pp. 3 y ss.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Familia. Casos. Reglas. Argumentos*, Dilex, Madrid, 2006.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Efectos económicos derivados de la ruptura de las uniones de hecho”, *Daños en el Derecho de Familia*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 223 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, L., en DE LA CÁMARA, M. y DÍEZ-PICAZO, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, reimp. 1991.
- ESPADA MALLORQUÍN, S., *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*. Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., “Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica”, en *Derecho, Sociedad y Familia: Cambio y continuidad*, edición a cargo de A.M. MORALES y J.M.^a MIQUEL, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid n.º 10 (2006), Madrid, 2007, pp.113 y ss.

- “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, *Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 35 y ss.
- *Introducción al Derecho Civil*, Cálamo, Barcelona, 2002.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., “Enriquecimiento injusto entre convivientes y respeto a la libre ruptura de las uniones no matrimoniales (I) y (II)”, *La Ley*, n.º 6512, 26 de junio de 2006 y n.º 6513, 27 de junio de 2006.
- “La unión libre: familia, no matrimonio”, *La Ley*, n.º 6038, 11 de junio de 2004.
- GINEBREA MOLINS, M.^a E., “La regulación de las parejas de hecho como manifestación del “desarrollo” del Derecho civil: la superación de la “anomia”. Un caso de trasplante jurídico”, *Homenaje al Profesor Lluís Puig I Ferriol*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1481 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 2.^a edic. Dykinson, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, Cóllex, Madrid, 2007.
- “Acuerdos entre convivientes *more uxorio*”, *Revista de Derecho Privado*, noviembre 2001, pp. 841 y ss.
- MESA MARRERO, C., *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, 3.^a edic., Aranzadi, Pamplona, 2006.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, en el Prólogo a ESPADA MALLORQUÍN, S., *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Thomosn, Civitas, Pamplona, 2007.
- PEREDA GÁMEZ, F.J., “El “Derecho sucesorio” de las parejas de hecho”, en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2005, pp. 115 y ss.
- PÉREZ MARTÍN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia*, T.I, vol.2, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 1685 y ss.
- RAMS ALBESA, J., “El concepto del matrimonio y su crisis”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T.II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España- Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 4033 y ss.
- “Perspectivas legislativas sobre las uniones estables de pareja”, en *Las uniones estables de pareja*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2003, pp. 99 y ss.
- ROCA TRÍAS, E., “Repensar la pareja de hecho”, en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2005, pp. 405 y ss.
- RUBIO TORRANO, E., “¿Nueva jurisprudencia sobre uniones de hecho?”, *Tribuna (Aranzadi Civil)* n.º 19- marzo 2006- bib 2005/2650).
- SALAS CARCELLER, A., “Efectos patrimoniales de la convivencia “more uxorio”. Comentario a la sentencia de la Sala 1.^a del TS núm.5/2003, de 17 de enero”, *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 2/2003, Parte Estudio, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2003 (BIB 2003/182).
- VIÑAS MAESTRE, D., “Uniones estables de pareja. Regulación procesal y uso del domicilio”, *Indret*, 1/2007, n.º 408, www.indret.com.