

“EL HECHO DE LAS PAREJAS DE HECHO SIN DERECHO”*

ILMO. SR. D. EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Ni es un trabalenguas ni es un mensaje criptográfico. Me ha parecido un título atrayente –nunca, en los tiempos actuales, se puede echar en saco roto eso del “marketing”– y, además, explicativo del tema del que me voy a ocupar. Diseccionémoslo:

Hecho. Participio de “hacer” con muchas acepciones como adjetivo y como nombre. Lo he utilizado como equivalente a “cosa que sucede” o “suceso o fenómeno acaecido en la realidad”, lo que nos lleva indefectiblemente a preguntarnos si las parejas de hecho o uniones libres (la cuestión terminológica la dejamos de momento aparcada) constituyen una realidad social y sus causas. La ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de la Generalitat de Cataluña –la primera entre todas las aprobadas–, en el Preámbulo justifica su promulgación afirmando que “en estos últimos años se aprecia un aumento de las denominadas parejas de hecho estables, paralelo y coincidente, también, con el creciente nivel de aceptación que tienen en el seno de nuestra sociedad, que abarca todas las parejas..., incluidas por tanto, las formadas por personas del mismo sexo, hasta el punto de que se detecta entre la población catalana una opinión mayoritaria a favor de la regulación legal de estas formas de convivencia”. En términos similares se pronuncian los preámbulos de las restantes leyes autonómicas sobre la materia (aragonesa –ley 6/1996, de 26 de marzo–; navarra –ley foral 6/2000, de 3 de julio–; valenciana –ley 1/2001, de 6 de abril–; de la Comunidad de Madrid –ley 11/2001, de 11 de diciembre–; y ley 18/2001, también de 19 de diciembre, del Parlamento Balear). Sin embargo, según expone el profesor MARTÍNEZ AGUIRRE (“Las uniones de hecho: Derecho aplicable”, en el número 36, octubre 1999, de la Revista Actualidad Civil), las uniones no matrimoniales, comparativamente, son poco numerosas, pues

* El presente trabajo sirvió de base para la conferencia que pronuncié el 17 de Mayo de 2002 en la Academia Granadina del Notariado.

en España las parejas de hecho estables constituyen apenas un 2 por 100, frente al 98 por 100 que son matrimonio, aunque en algunas regiones, p.ej. Cataluña, el porcentaje alcanza el 4 por 100. Dejando a un lado las estadísticas –todos conocemos el ejemplo del pollo–, me parece imposible negar esta realidad social que, por otra parte, siempre ha existido y que, como dije en la conferencia que pronuncié en el Ilustre Colegio Notarial de Baleares el 28 de abril de 1998 (“Matrimonios asexuados. Parejas de hecho y el contrato de unión civil”), ni la influencia de la doctrina de la Iglesia Católica ni ideas políticas desorbitadas como las nazis y/o fascistas han podido desterrar. Lo que sucede hoy día es que se arma mucho más ruido al amparo de las libertades reconocidas en los Estados democráticos en base a los principios de igualdad, dignidad de la persona, derecho a la intimidad y el, ya citado, de libertad.

¿Causas?. Variadas y múltiples. Nuestro compañero CANTERO NÚÑEZ las estudia en profundidad en el Tomo IV, Volumen 1º de las “Instituciones de Derecho Privado”, obra de la que es responsable el Consejo General del Notariado. Sintetizando al máximo, CANTERO NÚÑEZ diferencia entre causas estructurales y de fondo. Entre las primeras, destaca la extrema pobreza unida a la lejanía geográfica de amplios sectores de la población de los centros administrativos o judiciales y el predominio de determinadas costumbres –ejemplo, extensas zonas de países iberoamericanos como Bolivia, Argentina, El Salvador–; inmigración de personas de culturas muy alejada del país que los acoge; las disposiciones del Derecho positivo vigente en un espacio y tiempo determinado –imposición del matrimonio religioso o civil obligatorio “versus” no creyentes o creyentes–; pérdida de ciertos derechos, beneficios familiares o testamentarios –en el C.c. la pensión compensatoria y en las legislaciones forales/autonómicas el año de viudedad catalán, el usufructo foral aragonés, el de fidelidad navarro, etc–; y las denominadas “antesalas” del matrimonio –cohabitaciones juveniles o prenupciales, matrimonios a prueba– extendidas en los países nórdicos. Y causas de fondo, que son las que verdaderamente contribuyen a explicar el porqué de las uniones que examinamos, y que hay que centrar en la pérdida de sentido del matrimonio, que queda reducido a una mera formalidad; se olvida su carácter sacramental; deja de ser contemplado como un “valor” (STENDHAL lo calificó como la “tumba del amor”); y se pierde, asimismo, gran parte de su contenido jurídico, produciéndose lo que se ha llamado “su vaciado” (NAVARRO VALLS Y MARTÍNEZ DE AGUIRRE) –ejemplos, se le desvincula de la procreación que no necesita ni siquiera el contacto carnal (siendo el colmo de la colmena la reproducción asistida con semen de donante anónimo); se escinde de la sexualidad que se erige en fin en sí mismo y que conduce a la despenalización del aborto; y, al equipararse plenamente las filiaciones, el matrimonio queda desincentivado en

consideración a los hijos—. Vaciado que es provocado por multitud de causas, como son: la secularización creciente de la vida social; el predominio del individualismo y de todos los valores individuales sobre la solidaridad y los valores sociales; la concepción de la vida a que dio lugar la filosofía existencialista; la extrapolación del significado del principio de igualdad a las ideas, opiniones y valores –todo debe estar en el mismo plano, gris a ser posible—; el positivismo jurídico; y la dinámica de la sociedad de masas (globalización de las modas creadas por los mitos, tan cacareadas en los medios de comunicación, nauseabundos programas de la tele, revistas del corazón , etc. etc).

Parejas de hecho. Dentro del desmadre terminológico que se produce en las aguas en las que nos estamos sumergiendo, he utilizado en el título de esta charla una de las denominaciones más habituales. Hay mil y una:

-En la doctrina se pueden formar los siguientes grupos: a) Los que destacan la situación de hecho (matrimonio de hecho, relaciones de hecho, convivencia de hecho, unión de hecho, y, claro está, parejas de hecho). b) Los que se basan en su aparente analogía con el matrimonio (vivir como matrimonio, relación análoga al matrimonio, vivir maritalmente, convivencia a imagen de matrimonio, convivencia “more uxorio”...). c) Otras denominaciones resaltan, precisamente, las diferencias con el matrimonio (convivencia extramatrimonial, unión extramatrimonial, pareja no casada...). d) Las que pretenden remarcar el carácter familiar que se quiere atribuir a estas uniones (familia de hecho, familia no matrimonial, familia de afecto, familia no conyugal). e) Las que inciden en la estabilidad, duración y comunidad de vida como elemento diferenciador de las uniones pasajeras (convivencia estable, unión estable, pareja estable...). f) Y las que pretenden destacar la no asunción de compromisos jurídicos (unión puramente afectiva, unión libre). Esta última tiene la ventaja de recoger uno de los rasgos esenciales del fenómeno, cual es la conservación en todo momento por parte de los convivientes del derecho a poner fin a la situación en cualquier tiempo (libre ruptura). Pero al lado de esta ventaja la desventaja de ser notoriamente equívoca ya que no parece correcto contraponer compromiso a libertad, siendo poco serio entender que, por contraposición, el matrimonio es incompatible con la libertad, afirma CANTERO NÚÑEZ, salvo –me permito añadir– en los supuestos, cada vez menos frecuentes, de matrimonios obligados... los de “penalty”, que hoy no sólo han caído en desuso, sino que se presume de ellos,

-En Derecho positivo, en el ámbito estatal no se utiliza ninguna de las denominaciones precedentes. El Código civil habla de “vivir maritalmente con otra persona” (artículo 101) y de “convivir maritalmente con persona distinta del otro progenitor” (artículo 320). La ley 21/1987, de 11 de

noviembre, en su disposición adicional tercera, introduce la expresión “hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”; expresión que ha pasado a la L.A.U. vigente de 3 de noviembre de 1994, añadiendo la coletilla “con independencia de su orientación sexual”. El nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) emplea la expresión “persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad (a la de el cónyuge)” (artículos 23, 153, 454, 617). La Ley Orgánica del Poder Judicial (1 de julio de 1985) se refiere a “situación de hecho asimilable/situación de hecho equivalente”, en ambos casos al vínculo conyugal (artículos 219 y 391). En materia de Derecho de asilo, la Ley 5/1984, 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, extiende este derecho a “la persona con la que se halle ligado el beneficiario por análoga relación de afectividad y convivencia” y una Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991 empleó la más doctrinal de “relaciones de hecho consolidadas”.

En el ámbito autonómico tampoco hay unanimidad: “uniones estables de pareja” en Cataluña; “parejas estables no casadas” en Aragón; “parejas estables” en Navarra y Baleares; y “uniones de hecho” en Valencia y Madrid.

Y este desmadre no es sólo patrimonio nacional... como la famosa escopeta. Así en Italia se habla de “famiglia di fatto”, “famiglia non fondata sul matrimonio”, “istituzione ombrà”; en Francia: “concubinage”, “concubinat”, “faux ménage”, “ménage de fait”, “mariage de fait”, “mariage apparent”, en Alemania: “Nichteheliche Lebensgemeinschaft”, “Ehe ohne Trauschein”, “Konkubinat” o la muy sonora “Wilde Ehe” (unión salvaje); en Inglaterra: “informal unions”, “consensual unions”, “free unions”...

¿A qué carta debemos quedarnos? Yo ya aposté por “parejas de hecho”, si bien, tras leer el documentadísimo trabajo de nuestro compañero y amigo personal CERDÁ GIMENO (“Un retorno, a mi pesar, a un olvidado tema. De nuevo sobre Parejas no casadas”, en la R.D.Pr., febrero 2001) debo recomendar que todos utilicemos la denominación oficial aprobada por el Consejo de Europa (a las actas del XI Coloquio de Derecho Europeo, Messina, 8-10 julio 1981, se remite), que no es otra que la de “parejas no casadas” (“couples non mariés”, “unmarried couples”, en francés e inglés).

Sin Derecho. Utilizo aquí el término “Derecho” como sustantivo y escrito con mayúscula, para dar a entender que es equivalente –como expresa la acepción catorce de la nueva edición (vigésimo segunda de 2001) del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia– a “conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede

ser impuesta de manera coactiva”. Es evidente que hubiera ganado en claridad refiriéndome a “Derecho positivo común o de ámbito estatal”, pero nadie me negará que el título, la rúbrica, de esta charla habría perdido garra, y, ya lo he dicho antes, marketing es marketing.

Entendida en este sentido la expresión “sin Derecho” que he utilizado me sirve para marcar los límites de mi intervención. Voy, pues, a referirme única y exclusivamente a la situación en que se encuentran las parejas no casadas en las Comunidades Autónomas sin ley aprobada al respecto. La suya, por ejemplo, si la Junta de Andalucía no me ha hecho la faena de promulgar una hace unos días. Todo es posible... especialmente en “Graná”.

No obstante, antes de entrar en harina me voy a permitir bosquejar dos cuestiones: constitucionalidad de las leyes autonómicas y necesidad o no de una regulación general, referidas ambas, como es lógico, a las parejas no casadas.

La primera de ellas es puramente académica, por cuanto las leyes que las Comunidades Autónomas han promulgado están vigentes, habiéndose dejado transcurrir el plazo de tres meses –que señala el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional– contados a partir de su respectiva publicación, sin haberse recurrido por quienes estaban legitimados para ello (cfr: artículo 162 C.E. y 32 L.O.Tr. Constitucional), con la única excepción de la Ley navarra (recurso de inconstitucionalidad que tuvo su entrada en el Tribunal Constitucional el 6 de octubre de 2000 y, que sepamos, no está resuelto) que por cierto, y ésta debe ser la razón, se separa de las restantes al permitir en su artículo 8.1 la adopción en forma conjunta por los miembros de la pareja estable hetero u homosexual, con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio. El porqué de este silencio continúa siendo un secreto de alcoba. Dicen, las malas lenguas, que solamente hay razones políticas. La primera Ley aprobada fue la catalana y al Gobierno Central no le convenía ponerse a mal con la Generalitat –cuyos votos necesitaba– y... concedido el placet/licet a una, resultaba feo recurrir las demás. Dejando estas motivaciones extrajurídicas de lado –no es tema que nos interese en este foro–, es lo cierto que la doctrina se muestra contraria a reconocer la competencia, en este punto, de las Comunidades Autónomas, considerando que han invadido ámbitos que en todo caso corresponden al Estado según el básico artículo 149.1.8 de la Constitución Española (invasión de la norma que regula las formas del matrimonio, la competencia exclusiva del Estado para resolver los conflictos de leyes y para la ordenación de los Registros públicos). Al final siempre se arriba al mismo puerto: ¿cómo interpretar los términos, “conservación, modificación y desarrollo” de los derechos civiles, forales o especiales que emplea el citado artículo 149.1.8 de nuestra Carta Magna?. La interpretación flexible del

Tribunal Constitucional (citemos las importantes Sentencias 881/1993, de 12 de marzo, sobre Aragón y la 156/1993, de 6 de mayo, sobre Baleares) ha facilitado, por ejemplo, que la Generalidad de Cataluña esté legislando sobre todo lo divino y humano. Sirva de botón de muestra la ley 25/2001, de 31 diciembre, de la adhesión y la ocupación (entrada en vigor el 18 de abril de 2002; disposición final segunda, tres meses desde su publicación en el Diario Oficial), que consta de 26 artículos, que vienen a sustituir y derogar al aislado artículo 278 de la vieja Compilación de 1960 (ley 70/1960, 21 de julio). ¿Es éste el camino a seguir? Ya pueden ir pensando la respuesta.

La segunda cuestión es la relativa a cómo resolver el hecho de las parejas de hecho. Por los autores se ha hablado y se habla de reglamentación, institucionalización, juridificación/juridización, legalización, normalización, normativización/normatización, reconocimiento y regulación. Y como caminos para alcanzar soluciones: el convencional, la vía jurisprudencial y la legislativa. Este último es el que se está imponiendo no solamente entre nosotros en las legislaciones autonómicas, sino también en el extranjero (países nórdicos –Suecia, Dinamarca, Noruega, Holanda–, Francia, con su Ley de Pacto Civil de solidaridad de 15 de noviembre de 1999, en algunos territorios de Australia –Nueva Gales del Sur, Victoria y Territorio del Norte–, parte de Canadá –Ontario Family Act de 1986–, recientemente en Alemania, con la aprobación el 10 de noviembre de 2000 de la Ley de Convivencia de dos personas del mismo sexo –Lebenspartnerschaftsgesetz zweier Personen gleichen Geschlechts– y en los países hispanoamericanos –Bolivia, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá y Paraguay–). Y dejo en el aire dos interrogantes: ¿La regulación legislativa debe ser mínima y parcial u orgánica? ¿Es justo o está justificado que el Derecho intervenga en una relación que los interesados han querido y optado por apartar de lo jurídico?.

Con ellos doy por finalizada la que puede ser calificada como introducción o parte general de mi intervención, para pasar a la parte especial o más concreta en la que, siempre dentro el ámbito del Derecho positivo estatal, no autonómico, voy a incluir aquellas disposiciones ya aprobadas en las que se atribuyen o atribuyeron determinados derechos a los convivientes –en todo caso en sentido horizontal, sin mencionar los de sentido vertical, o sea a favor de los descendientes, que desde la Constitución son iguales (artículo 14 de la propia Constitución y 108 y concordantes del Código civil, tras la redacción que les dio la Ley 11/1981, de 13 de mayo, equiparando la filiación matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva)–, las afirmaciones de carácter general contenidas en las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre estas uniones y los criterios que el Tribunal Supremo ha utilizado en los supuestos de inexistencia de norma aplicable.

A) Efectos reconocidos por el Ordenamiento. Salvo error u omisión, posibles como las meigas, porque “habelas, haylas”:

1) **L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, Ley General Penitenciaria.** En sus artículos 52 y 53 se reconoce al conviviente el derecho a ser informado respecto del fallecimiento o grave enfermedad de su compañero, así como el de recibir visitas de él. El primero de estos derechos se confiere a las “personas íntimamente vinculadas” con el recluso y el segundo a los “allegados íntimos”. Ambas expresiones –y estamos de acuerdo con CANTERO NUÑEZ– son lo suficientemente amplias como para abarcar a los miembros de una unión de hecho, si bien cabe preguntarse cómo probar la convivencia y en las Comunidades Autónomas con legislación propia si será necesario o no que lo sean de “parejas legalizadas”, es decir las que cumplan los requisitos prevenidos en las correspondientes leyes.

2) **Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio,** que en su disposición adicional 10ª atribuye derecho a las prestaciones de la Seguridad Social y a la pensión de viudedad a “quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley”.

3) **Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado.** En su artículo 10.1 –redactado según Ley 9/1994 de 19 de mayo– establece que “se concederá el asilo, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado, o la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar en los que se valorará, por separado, la situación de cada miembro de la familia”.

4) **L. O. 6/1984, de 24 de mayo, de regulación del procedimiento de “Hábeas Corpus”,** que en su artículo 3º, a) confiere legitimación activa para instar este procedimiento al “privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales”.

5) **L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.** En este campo procesal, su artículo 219 incluye entre las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados “el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable entre aquéllos y las personas que intervengan como Letrado o Procurador de cualquiera de las partes”, y que –por aplicación del artículo

461 de la misma norma— es extensivo a los Secretarios. No conviene, tampoco, olvidar su artículo 391, conforme al cual no podrán pertenecer a la misma Sala los Magistrados que estuvieren unidos por “vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente”.

6) R.D. 336/1986, de 24 de enero, por el que se regulan las indemnizaciones a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, que desarrollando la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, reconoce derecho de resarcimiento en caso de muerte a los hijos del difunto y al progenitor superviviente de alguno de éstos, “sea o no cónyuge del fallecido”.

7) Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción. Como es sabido la adopción es una de las instituciones que más modificaciones ha sufrido (Ley de 24 de abril de 1958, Ley 7/1970, de 4 de julio, Ley 11/1981, de 13 de mayo, Ley 30/1981, de 7 de julio y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del C.c. y de la L.E.C.). A pesar de estas modificaciones desde la redacción originaria del Código (artículo 174. 4º) hasta la actualidad (artículo 175.4) se ha mantenido el principio de que “fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona”. Principio que modificó —sin alterar el texto del citado artículo 175.4— la disposición adicional tercera de la ley a que nos estamos refiriendo (Ley 21/1987), estableciendo que “Las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”. Fijémonos en que esta disposición adicional exige que se trata de una pareja heterosexual. Se refiere “al hombre y la mujer integrantes de una pareja”, no a los “miembros de una pareja” sin más, con lo cual encajarían las parejas homosexuales de gays o lesbianas. Se ha criticado esta solución por estimarse que es discriminatoria y atenta contra el principio de igualdad ante la ley del artículo 14 de la Constitución. Para otros —véase, por todos, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral Navarra 6/2000 que, como ya hemos visto, sí permite la adopción conjunta en este supuesto— esta forma de adopción por homosexuales podría contravenir el artículo 39.2 de la Constitución, que establece como principio rector de la política social la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación. Leemos en dicho recurso que “el interés del menor debiera prevalecer sobre el derecho de los cónyuges homosexuales a adoptar, en la medida en que este modelo de familia se aleja del modelo dominante de naturaleza heterosexual, sea o no matrimonial, pero en el que, de acuerdo con el orden biológico natural, los hijos requieren un padre y una

madre, o un padre o una madre, pero no dos padres o dos madres. El interés del menor adoptado exige que su nueva familia de adopción no le provoque necesariamente un conflicto con otros niños y esto es lo que sucede, a juicio de la Asociación Española de Pediatría, en este nuevo modelo familiar con dos padres o dos madres, con un padre o una madre de sexo distinto al correspondiente a su rol, todo lo cual generaría en el niño frustración y agresividad y un entorno vital claramente perjudicial para el armónico desarrollo de la personalidad y adaptación del niño”.

8) Ley 35/1988, de 28 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, que permite tanto a la pareja matrimonial, como a la no matrimonial, e incluso a la madre sin pareja, la utilización de los medios de fecundación asistida contemplados en la misma (cfr. artículo 6, que establece que “toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar”). Recordemos que en esta ley se regula la denominada reproducción asistida homóloga (cuando los gametos proceden de los cónyuges o convivientes) y la reproducción asistida heteróloga (cuando uno de los gametos o ambos proceden de un tercero), garantizando la ley en este último supuesto el anonimato del donante y prohibiendo la revelación de su identidad salvo que ésta sea indispensable para salvar la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes penales (artículo 5.5). En el caso de reproducción asistida homóloga se presupone que su utilización ha sido realizada con pleno conocimiento (consentimiento presunto) del marido o del conviviente de la madre. Por el contrario, en la heteróloga, para poder atribuir la paternidad al marido o al conviviente es indispensable que éste haya prestado su consentimiento. En esta línea el artículo 8.2 de la ley, refiriéndose al conviviente –“consentimiento prestado por varón no casado”–, establece que el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil (del reconocimiento de la paternidad). Por algún sector de la doctrina se entiende que el consentimiento prestado por el marido imposibilita expresamente la impugnación de la paternidad (artículo 8.1), mientras que no sucede lo mismo respecto del prestado por el conviviente, al guardar silencio la ley. CANTERO NÚÑEZ opina –creo que con mayor fundamento– que la misma regla debe ser aplicada en los dos supuestos, no sólo por la doctrina de los actos propios, sino también porque el artículo 9.4 sólo permite la revocación del consentimiento en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas de reproducción asistida, lo que es lo mismo que decir que en un

momento posterior el consentimiento no puede ser revocado y que el conviviente no casado, nacido el hijo, tampoco podrá impugnar su paternidad.

Tratándose de inseminación “post mortem” el artículo 9, apartados 2 y 3, permite, tanto al marido como al varón no unido por vínculo matrimonial, la posibilidad de consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer o compañera. Tratándose de parejas no casadas, este consentimiento valdrá como título para iniciar el expediente del citado artículo 49 de la Ley del Registro Civil.

9) R.D. 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a todos los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes (artículo 1); asistencia que tendrá idéntica extensión, contenido y régimen que la prevista en el Régimen General de la misma (artículo 2).

10) L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, que en su artículo 1.2 establece que “para que sean de aplicación las disposiciones de la presente ley, será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes que de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos”.

11) Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. En su artículo 12.4 se confiere el derecho a continuar en el arrendamiento, cuando el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, al cónyuge conviviente y “en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia”.

El artículo 16.1.b) reconoce en favor del conviviente, y en iguales circunstancias, el derecho a subrogarse en el contrato en caso de muerte del arrendatario.

En el artículo 24.1 se atribuye al arrendatario, previa notificación escrita al arrendador, la facultad de realizar en la vivienda las obras que sean necesarias para adecuar ésta a su condición de minusválido o a la de su cónyuge o de la persona que conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o a la de

los familiares que con él convivan.

Y la Disposición Transitoria Segunda, B),7, en la que, refiriéndose a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, los derechos reconocidos en los apartados 4 y 5 de la propia transitoria (derecho de subrogación en el lugar del arrendatario fallecido, de los artículos 24.1 y 58 de la L.A.U. de 1964), serán también de aplicación respecto de la persona que hubiera venido conviviendo, etc. etc. etc..

12) R.D. 266/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Objeción de Conciencia y Prestación Social Sustitutiva que, en su artículo 28.4, al regular las prórrogas por sostenimiento familiar, considera miembros de la unidad familiar al cónyuge o a la persona unida por análoga relación de afectividad.

13) Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para facilitar el acceso físico a las viviendas y para eliminar las barreras arquitectónicas que supongan una dificultad para los discapacitados, que su artículo 2.2 equipara al cónyuge con “la persona que conviva con el titular de forma permanente en análoga relación de afectividad con independencia de su orientación sexual”.

14) L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Encontramos:

-Artículo 23. Incluye como circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado “cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad”. Es la denominada “circunstancia mixta de parentesco”, cuando no creemos que entre los convivientes pueda hablarse de parentesco. Carca que es uno, por cuanto hasta la ya citada vigésimo segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española define el parentesco como “vínculo de consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a ésta”,

-Artículo 153, que tipifica el delito de malos tratos (pena de prisión de seis meses a tres años) respecto del que habitualmente ejerza violencia física “sobre su cónyuge o persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente”,

-Artículo 424, en el delito de cohecho la convivencia marital se toma en consideración para reducir la pena del conviviente que en causa criminal seguida contra su compañero trata de sobornar a la autoridad o funcionario público,

-Artículo 443, que sanciona con la pena de prisión de uno a dos años de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, a la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad... tenga pretensiones pendientes de resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior,

-Artículo 444, que castiga con la pena de prisión de uno o cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, al funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitare sexualmente al cónyuge de persona que tenga bajo un guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad,

-Artículo 454, en el que se exime de las penas impuestas a los encubridores a los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, y

-Artículo 617.2, en el que, en materia de faltas contra las personas, se aumenta la pena cuando los golpeados o maltratados de obra sean el cónyuge o persona con quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad.

15) Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de delitos violentos y contra la libertad sexual, que al establecer un sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas, reconoce la cualidad de víctimas indirectas en el caso de muerte al cónyuge del fallecido, si no estuviere separado legalmente, “o a la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia” (artículo 2.3 a) y que, en el caso de concurrir el cónyuge o el conviviente con hijos del fallecido divide la cantidad entre unos y otros por mitad (artículo 2.4. a).

16) R.D. Ley 13/1996, de 20 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por la inundación en el término municipal de Biescas (Huesca), en el que se incluye como beneficiario a título de víctimas indirectas, en el caso de muerte, al conviviente heterosexual que reúna los requisitos de la ley precedente.

17) R.D. 1211/1997, de 18 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de ayuda y resarcimiento a las víctimas de delitos del terrorismo, que en en su artículo 7.2 a) considera titulares del derecho de

resarcimiento al conviviente, incluso homosexual, en los mismos términos de la citada ley 35/1995, y

18) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Duda la doctrina en si la convivencia de hecho puede entenderse o no incluida entre las causas que permiten tachar los testigos propuestos por la parte contraria, por cuanto el artículo 377.1.1ª alude a “ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro el cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado o de su abogado o procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo”. Es inteligente –y por eso la compartimos– la postura de CANTERO NÚÑEZ, quien considera que en rigor “no se podría entender aquí incluido el conviviente ya que a éste no le liga «vínculo» alguno con su compañero, que es sobre lo que se predica la analogía. Sin embargo, la interpretación correctora –sigue diciendo– debe imponerse. De no admitirse esta interpretación, se podría lograr el mismo resultado por concurrencia de «amistad íntima», al amparo de la causa cuarta del mismo artículo”.

B) Afirmaciones de carácter general contenidas en las Sentencias del Tribunal Constitucional.

Es posible –aunque poco probable– que alguno de los presentes se haya sorprendido por la extensa enumeración precedente; es, sin embargo, evidente que estos derechos y facultades reconocidos a los miembros de la pareja no constituyen una verdadera y propia regulación legislativa sistemática u orgánica, por lo que continuamos estando en la situación expresada en la rúbrica: “sin Derecho”.

Para completar el examen de la cuestión vamos a acudir a la vía jurisprudencial limitándonos en este apartado a las Sentencias del Tribunal Constitucional, sin que ello suponga menosprecio alguno a las emanadas del Tribunal Supremo –de las que nos ocuparemos más adelante–, de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, Audiencias y Juzgados de Instancia y escogiendo desde 1992 las que hemos considerado más interesantes por los principios/criterios de carácter general en ellas contenidos.

Empezamos con la **Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre** recaída en la cuestión de inconstitucionalidad 1419/1988, planteada por la Magistratura número 1 de Álava contra el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social y la disposición adicional décima, 2, de la ley 30/1981, de 7 de julio –ya examinada–, por oposición a los artículos 10, 14 y 39 de la Constitución. Fallo: desestimatorio.- Las circunstancias del caso fueron las siguientes. La demandante en el proceso originario, tras el fallecimiento en 1987 de su compañero, con el que había convivido más de 40 años, solicitó

pensión de viudedad, que le fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por no existir vínculo matrimonial con el causante y no tener legalizada la situación. La solicitante había contraído matrimonio en 1939 con otra persona que, según se dice, había desaparecido durante la guerra civil. Interpuesta reclamación previa contra la anterior denegación, fue desestimada por dicho Instituto por no tener la solicitante la condición de viuda, según se requiere para ser pensionista de viudedad por el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social y porque el fallecimiento del causante no se produjo con anterioridad a la ley 30/1981, habiendo podido, por tanto, llevar a cabo la regularización de su situación, de conformidad con lo previsto la disposición adicional décima, 2, de dicha ley.- Interpuesta por la interesada demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Magistratura de Trabajo número 1 de Álava, tras los trámites pertinentes, dictó el 29 de julio de 1988 Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al abrigar dudas acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 160 de la L.G.S.S. (en cuanto se refiere exclusivamente al viudo-viuda) y la disposición adicional décima, 2, de la ley 30/1981 (en cuanto que el reconocimiento de los derechos a que alude se condicionan a que el fallecimiento del compañero/compañera hubiera acaecido con anterioridad a la vigencia de dicha ley), con relación al artículo 14 de la Constitución Española, que prohíbe la desigualdad de trato, en este caso derivada de la inexistencia de vínculo conyugal; con el artículo 39 C.E., que ampara a la familia no matrimonial; y, por último, en relación con la artículo 10 C.E., que al consagrar como fundamento del orden político “el libre desarrollo de la personalidad”, parece implicar como de difícil sostenimiento la exigencia de vínculo matrimonial.

Tras recordar que el propio Tribunal Constitucional ya tiene declarado, de un lado que para poder ser titular del derecho a la pensión de viudedad se requiere que el beneficiario de la misma hubiera contraído legítimo matrimonio con el (o la) causante (Sentencias 177/1985, 27/1986 y 270/1988); y, de otro, que la Ley 30/1981 no ha creado una nueva pensión distinta a la de viudedad, sino que se ha limitado a añadir a la causa de pedir existente (el vínculo matrimonial) una nueva basada en la convivencia extramatrimonial, sólo en aquellas uniones estables que tuvieran su causa en la imposibilidad de contraer matrimonio por inexistencia del divorcio, entra en el examen de los preceptos constitucionales invocados, considerando:

-Que debe excluirse de entrada el contraste aislado del artículo 160 L.G.S.S. con el artículo 10 de la Constitución, pues el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido ni coartado por que al supérstite de una unión de hecho la ley no le reconozca una pensión de viudedad. Si podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o reprimir la convivencia “more uxorio”,

-Que tampoco cabe establecer un contraste aislado entre los preceptos legales cuestionados y el artículo 39 C.E. Pues, sin necesidad de interrogarse ahora acerca de si “la protección social, económica y jurídica de la familia” a que este precepto se refiere podría alcanzar tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio, es claro que dicho precepto no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todo los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 C.E. aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (artículo 32.1 C.E.), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan convivir “more uxorio”, y

-Que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida (Auto T.C. n° 671/1985, de 9 de noviembre, de inadmisión del recurso de amparo 291/1985), y ello también respecto de las pensiones de viudedad, precisando, a éste propósito, que la actual regulación de tales pensiones no vulnera lo dispuesto en el artículo 14 C.E. Es claro que en la Constitución Española el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (artículo 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho “more uxorio”, que ni es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera “ope legis” en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia. Es cierto también que el legislador podría extender a las uniones estables de hecho los beneficios de la pensión de viudedad, pero el que en la actualidad no lo haya hecho así no lesiona en sí mismo el artículo 14 C.E. ni tampoco en su conexión con el artículo 39.1 del propio texto constitucional.

La conclusión alcanzada no se altera por el hecho de que en otros supuestos muy distintos al de la pensión de viudedad el legislador haya equiparado al cónyuge la “análoga relación de afectividad”. Tales supuestos

–afirma la Sentencia– no admiten comparación con el que ahora nos ocupa, todo lo más son indicativos de que las relaciones permanentes de afectividad análogas a la matrimonial comienzan a ser atendidas en determinados y peculiares casos y dotadas de ciertos efectos por el ordenamiento jurídico.

El fallo desestimatorio cuenta con dos votos particulares. El del Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra (que coincidiendo con el fallo muestra su discrepancia con la afirmación de que las denominadas uniones conyugales de hecho carecen de protección constitucional) y el del Magistrado Excmo. Sr. D. Luis López Guerra (para quien los artículos debatidos vulneran los mandatos del artículo 14, en relación con la artículo 41 C.E.).

Esta decisión de declarar que el artículo 160 de la L.G.S.S. –así como la disposición adicional décima, 2, de la ley 30/1981– no se opone a lo dispuesto en nuestra Constitución ha sido reiterada por las siguientes Sentencias del propio T.C.: n^os: 29,30, 31, 35, 38, 77/1991, 29/1992 y 66/1994. En esta última se añade una cuestión más. Alegaba la demandante de amparo que quien con ella convivía maritalmente profesaba una ideología anarquista que, aunque no era contraria a la familia, si lo era a formalizar la relación afectiva estable entre hombre y mujer, centro de la misma, a través de una institución eclesiástica o de la propia Administración; para deducir de ello que la exigencia en su situación del vínculo matrimonial como requisito imprescindible para acceder a la pensión de viudedad supone atentar a su libertad ideológica y, con ello, al artículo 16.1 C.E. A este razonamiento se opone el T.C. alegando que, aún admitiendo las subsunción de la libertad negativa a contraer matrimonio –artículo 32.1 C.E.– en el artículo 16.1, es claro que el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica “no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo de fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho (Auto T.C. 156/1987), toda vez que el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido o coartado porque la ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho una pensión de viudedad, pues, en definitiva, como alega el Ministerio Fiscal, aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ellas y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio (S.T.C 20/1990), ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una prestación económica ni a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos”. No cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer el vínculo matrimonial.

El artículo 174.1 del Texto Refundido de la L.G.S.S., en la redacción vigente que le ha dado el artículo 32.uno, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, continúa manteniendo la necesidad de la existencia de vínculo matrimonial para que se reconozca el derecho a la pensión de viudedad.

Sentencia 222/1922, de 11 de diciembre. Cuestión de inconstitucionalidad 1797/1990, planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Fuengirola sobre supuesta inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la L.A.U., texto refundido de 24 diciembre de 1964, en relación con los artículos 14 y 39 de la Constitución: el Tribunal estima la cuestión y declara que dicho precepto es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación “mortis causa” a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido.

Consideraciones generales:

-La regla preconstitucional del mentado artículo 58.1 de la anterior L.A.U. ha de ser interpretada como introductora de un beneficio legal que halla su fundamento en la norma de la Constitución según la cual “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” (artículo 39.1),

-En el concepto constitucional de “familia” entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras precisiones constitucionales (artículo 18.1), con la orientación de la legislación post-constitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal (Sentencias 45/1989, 192 y 200/1991) y, en definitiva, con la acepción normalizada y arraigada en nuestra cultura de la voz “familia”, en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia,

-Ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el artículo 39.1 C.E. hubiera de entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio. No es así, sin embargo. Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (artículos 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado (artículos 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. Del propio artículo 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias

matrimoniales y no matrimoniales, diferenciación que tampoco fue afirmada en la ya vista Sentencia 184/1990,

-Que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos “realidades equivalentes” es algo, por otra parte, que ya dejó dicho este Tribunal, reiterando su anterior doctrina de general aplicación, en la repetida Sentencia 184/1990 y confirmada con posterioridad en las, también invocadas, 29,30, 31, 35, 38 y 77/todas de 1991.

A esta Sentencia se formularon dos votos particulares por considerar que el artículo 58.1 de la L.A.U. de 1964 no es contrario a la Constitución. El del Magistrado Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo [no ser contrario al artículo 14 C.E. y apartarse por completo, sin declarar expresamente la razones, de la doctrina reiteradamente sentada por el propio Tribunal –Sentencia 184/1990–. Afirmando, asimismo, que no corresponde al T.C., en su función de legislador negativo, llevar a cabo esa extensión, “ex Constitutione”, en favor del supérstite que había convivido “more uxorio”; situación libremente elegida y querida por ellos (artículo 10.1 C.E.) y sin que nada los hubiera impedido, en su día, contraer matrimonio] y el del Magistrado Excmo. Sr. D. José Gabaldón López (para quien, para llegar a la conclusión de que el precepto cuestionado es contrario al artículo 14 C.E., habría de darse una perfecta identidad entre matrimonio y convivencia extramatrimonial. Identidad inexistente por cuanto la unión de hecho “more uxorio” no es ni siquiera una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento).

El mismo criterio de inconstitucionalidad del repetido artículo 58.1 de la L.A.U. de 1964 se mantuvo por el T.C. en sus Sentencias 6 y 47/1993. Ya expusimos en su momento como la actual Ley de Arrendamientos Urbanos ha cambiado de criterio en su artículo 16.1. b), reconociendo en favor del conviviente el derecho a subrogarse en el contrato en caso de muerte del arrendatario.

Auto 321/1996, de 8 de noviembre, inadmitiendo el amparo solicitado (recurso de amparo número 4304/1995). Hechos: el propietario de una vivienda presenta demanda de desahucio por precario contra la recurrente en amparo, que se opuso a la demanda alegando la excepción de inadecuación del procedimiento dada la existencia de una cuestión compleja consistente en una relación de convivencia “more uxorio” entre los litigantes. El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Las Palmas dictó sentencia estimatoria de la demanda, declarando haber lugar al desahucio. Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado por Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas.- La demandante de amparo alega tres motivos para la estimación de su recurso: a) En primer lugar,

considera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 C.E.), por haber sido condenada a desalojar su domicilio en virtud de sentencia recaída en un proceso en el que no pudo ejercitar su defensa con las debidas garantías. Basa este reproche en que, habiendo alegado como título justificativo de su permanencia en el inmueble su convivencia “more uxorio” con el demandante, nos encontramos ante una cuestión compleja, cuya resolución no puede tener lugar dentro del cauce procedimental del juicio de desahucio por precario (procedimiento sumario), sino que ha de hacerse en un declarativo ordinario.- b) En segundo lugar, entiende que la sentencia impugnada de la Audiencia vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 C.E.), al apartarse de las soluciones propiciadas para casos idénticos por otras Audiencias (por ejemplo la Sentencia de 9/6/1993 de la Audiencia Provincial de Barcelona y la de 15/6 también de 1993, de la de Madrid).- c) Por último, la demandante de amparo considera vulnerado el derecho fundamental a la igualdad (artículo 14 C.E.) por haberse producido una discriminación en razón a su estado civil (unión de hecho que describe/define como “una convivencia «more uxorio» continuada en el tiempo bajo un mismo techo con medios y recursos en común, con asunción por ambas partes de todos los deberes matrimoniales, incluido el de fidelidad, y pública, manifiesta, patente y monogámica”). A su entender, acreditada la existencia de una relación cuasi-marital entre los litigantes falta uno de los presupuestos esenciales de la institución del precario, ya que en ningún caso puede hablarse de una carencia de título de la hoy recurrente en amparo para permanecer en la vivienda en disputa.

El T.C. mantiene:

-Que la primera de las vulneraciones denunciadas (indefensión) carece de fundamento. La existencia de juicios sumarios, como puede ser el de desahucio, no es de por sí contraria a la prohibición constitucional de indefensión, precisamente porque lo que caracteriza a los juicios sumarios es que no cierran la posibilidad de discusión del fondo del asunto en toda su plenitud en un posterior juicio declarativo ordinario (Sentencias del Tribunal Constitucional 60/1983 y 187/1990),

-Respecto de la posible discriminación entre uniones matrimoniales y de hecho en relación con la aplicación del juicio de desahucio por precario, lo primero que hay que advertir es que tal discriminación, caso de existir, no se encontraría en la ley, que se limita a prever en el artículo 1.565.3º LEC (en su anterior redacción) la procedencia del desahucio en situaciones de precario sin hacer distinción alguna por la condición personal del precarista, por lo que hay que entender que la queja se refiere a una posible discriminación en la aplicación de la ley. Y en este caso debería haberse

probado, lo que no se ha hecho, que la Audiencia de Las Palmas hubiera adoptado alguna decisión anterior en que hubiera rechazado el desahucio por precario en un supuesto análogo al presente, con la sola diferencia de tratarse de una unión matrimonial y no de hecho. Estima el T.C. que la Audiencia tomó una decisión muy ajustada a las circunstancias del caso concreto y no basada en la simple existencia de una unión de hecho, en la que incluso se planteó la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 96.3 C.c.,

-Y en orden a la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 C.E.), por la existencia de sentencias contradictorias con la impugnada procedentes de otras Audiencias, es doctrina reiterada del Alto Tribunal que este principio a lo que se opone es a que un mismo órgano judicial cambie de criterio de manera inmotivada en la resolución de supuestos sustancialmente iguales, pero que tal principio no es aplicable cuando las decisiones contradictorias entre sí proceden, como en este caso, de órganos judiciales distintos (Sentencias 146/1990, 134/1991 y 119/1994 del T.C., entre otras).

Sentencia 47/2001, de 15 de febrero, en la que se deniega el amparo solicitado por los cónyuges—que habiéndose acogido expresamente a la modalidad de “declaración conjunta”, regulada en el hoy derogado artículo 87, apartado 2, de la ley 18/1991, 6 de junio, del IRPF, constituyeron una unidad familiar integrada, la primera de ellas, por el esposo y un hijo, y la segunda, por la esposa y otro hijo— contra Sentencias de las Secciones Octava y Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por las que se desestiman los recursos interpuestos contra sendas liquidaciones provisionales en concepto de IRPF de los ejercicios 1994 y 1993.- Alegaron los demandantes de amparo —en lo que más nos interesa en la materia que examinamos— la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad ante la ley —artículo 14 C.E.—. Si de acuerdo con las sentencias impugnadas los matrimonios con hijos no pueden constituir la modalidad de unidad familiar del citado artículo 87.2, ésta es una opción a la que sí pueden acogerse las parejas que conviven “more uxorio”, lo que se traduciría en la práctica en un trato fiscal más favorable para estas últimas que, no sólo carece de justificación razonable, sino que además contradice los artículos 32.1 y 39 C.E.- Según el Alto Tribunal son dos las situaciones en las que la ley permite la declaración conjunta: La primera engloba los supuestos en los que existe un vínculo matrimonial, con independencia de que los cónyuges tengan o no hijos menores a su cargo; la segunda, abarca los supuestos de las familias monoparentales, esto es, las formadas por el padre o la madre con sus hijos, con independencia de que éstos hayan sido adoptados, sean el fruto de una anterior relación

matrimonial o hayan sido concebido fuera del matrimonio. Lo que está más claro es que no permite que cada cónyuge pueda constituir una unidad familiar de las recogidas en el artículo 87.2, con uno de los hijos menores no emancipados, escindiendo así artificialmente en dos, no sólo la “unidad familiar” tal y como está configurada legalmente en el artículo 87, sino incluso, de algún modo, la propia familia; y que el precepto de que se trata no pretende regular a efectos del IRPF la situación de las parejas de hecho –en su apartado 1 reclama la existencia de vínculo matrimonial, y en el 2 sólo toma en consideración las relaciones paterno-filiales–.

C) Criterios utilizados por el T.S. en los supuestos de inexistencia de norma aplicable. En llegado este momento todos –ustedes y este charlatán– se encuentran en situación límite, de ahí que en gran síntesis vamos a intentar resumir los más importantes Sentencias del Tribunal Supremo.

1) **Sentencia de 11 de diciembre de 1992.** No admite que entre la actora y el demandado existiera, durante los seis años de su convivencia en unión extramatrimonial, una sociedad universal de ganancias, entre otras, por las siguientes razones: a) La sociedad requiere el consentimiento, claro e inequívoco, de los contratantes, el cual en cierta manera, se identifica con el tradicional requisito de la “affectio societatis”. b) La existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial, ya que puede suceder que quienes la formen prefieran mantener su independencia económica. No es posible entender que la reclamación económica pueda encontrar fundamento en la aplicación de la artículo 1902 C.c., ni tampoco en la aplicación por analogía de lo dispuesto en el artículo 97 C.c. (pensión en caso de separación o divorcio). Sí se admite la existencia de un enriquecimiento sin causa, que según reiterada doctrina jurisprudencial (vide Sentencia 31-marzo-1992) exige: aumento del patrimonio del enriquecido; correlativo empobrecimiento del actor; falta de causa que justifique el enriquecimiento; e inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. Requisitos que se cumplen en el caso. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado –dice el Tribunal– porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones –en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc– en la forma que está probado lo vino realizando la actora.

2) **Sentencia de 18 de febrero de 1993 (116/1993).** Reitera el criterio sustentado en sentencias de la misma Sala de lo civil –Sentencias de 21 de octubre de 1992 y la precedente de 11 de diciembre del mismo año– de la imposible aplicación a las uniones “more uxorio” de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aún reconociéndose sin

limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y la susceptibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la ley, no cabe por eso equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución –afirmaciones que toma de la ya expuesta Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre–.

De ahí que para solucionar problemas la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que patenten la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal.

Se hace, por tanto, preciso no sólo la “*affectio societatis*” –elemento indispensable para que pueda entenderse que existió la voluntad de crear una sociedad civil, que por sus características resulta obligado calificar de irregular– sino también la puesta en común de dinero, bienes o industria, por aplicación del artículo 1665 C.c..

3) **Sentencia de 22 de julio de 1993.** Reconoce que las uniones de hecho o “*more uxorio*” constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida, bien que con evidente resistencia, por los Tribunales tanto de la jurisdicción ordinaria como constitucional (Sentencias del T.S. de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992 y 18 de febrero de 1993; y del T.C. de 11 de diciembre de 1992 y 18 de enero y 8 de febrero de 1993). Admisión obligada por el artículo 39.1 del texto constitucional.

Teniendo en cuenta que si bien la exégesis de los preceptos legales debe realizarse hoy con criterios inspirados no sólo en principios históricos, lógicos y sistemáticos, sino también socio-políticos, no es de olvidar en un Estado de Derecho otro esencial postulado que por afectar, al menos en principio, a toda la Comunidad Social debe imperar: el de la seguridad jurídica, consecuencia de lo cual: 1º Las uniones matrimoniales y las “*more uxorio*” no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes (Sentencia del Tribunal Supremo de 11-12-1992); 2º No serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras, a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía.

El juego de la analogía radica en la similitud (“*semejanza*”, según el artículo 4º C.c.) entre el supuesto que ante el órgano judicial –o intérprete– se presenta, carente de regulación legal, y aquél al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o “*identidad de razón*”, cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve

implícita la idea del uso razonable del Derecho (vide Sentencia del T.S. de 12-diciembre-1980).

Rechaza esta Sentencia la aplicación analógica a las uniones de hecho de los artículos 1396 y siguientes del Código civil, por cuanto esa semejanza no puede admitirse, desde el momento que el examen analógico-comparativo de las mismas y las uniones matrimoniales nos ofrecen unas considerables diferencias; así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil, las segundas no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, tal acontece por ejemplo con la creación del “status iuris” casado/a que tampoco es de aplicación a las uniones “more uxorio”, y lo mismo acontece con los requisitos que la disolución de las matrimoniales requiere y no juegan para las de puro hecho.

Además, en contra de dicha aplicación analógica ha de tenerse en cuenta que lo pregonado en el artículo 14 C.E., es que la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquellos respecto de los cuales se reclama se encuentren en la misma situación, sin que pueda establecerse diferencia alguna por razón de las personas o circunstancias que no estén presentes en la norma (Sentencias del T.C. de 12 de julio de 1988 y 142/1998), igualdad que no se da en el presente caso.

Consiguientemente, la aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico-matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas. La solución contraria –aplicación de la analogía– podría implicar o acaso incluso conducir a una auténtica creación judicial del Derecho en materia de dichos regímenes económicos, lo cual no autoriza el artículo 1 C.c. en general y su ordinal 6º en particular.

Rechaza también esta Sentencia –referida al caso concreto– la existencia de una sociedad civil irregular del artículo 1669 C.c. (por cuanto para su existencia resultan imprescindibles los pactos “inter partes”) y la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto (por no darse ninguno de los requisitos que para la estimación de dicha figura señala la doctrina de esta Sala).

4) **Sentencia de 27 de mayo de 1994 (536/1994).** Rechaza, una vez más, la aplicación analógica de las normas matrimoniales, porque no se da identidad de razón con una institución como la matrimonial de la que, además, no quisieron participar.- Que estemos ante un hecho social innegable, no comporta que haya que extender los efectos de la institución del matrimonio por aplicación del artículo 3 C.c., que hace referencia la realidad social del tiempo en que las leyes han de ser aplicadas, pues no se

trata de interpretar una ley –que es el campo de aplicación del artículo 3 C.c.–.

Y se inclina por buscar solución a las cuestiones económicas que puedan surgir por la vía de los pactos societarios o de otro carácter contractual y hasta la aplicación –si se dieran los requisitos– de la acción de reclamación de cantidades en base a la prestación de servicios, gestión de negocios o el enriquecimiento sin causa.

5) **Sentencia de 11 de noviembre de 1994 (894/1994).** Reitera la imposible aplicación a las uniones de hecho o “more uxorio” de la normas reguladoras de la sociedad de gananciales, por no tratarse de uniones equivalentes a la matrimoniales. Por lo cual, la doctrina jurisprudencial ha tenido que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que patenticen la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal.

6) **Sentencia de 20 de noviembre de 1994 (948/1994).** La Sentencia recurrida partió de la base de que las uniones de hecho no tienen el carácter de uniones conyugales, no quedando por ello equiparadas legalmente al matrimonio, razón por la que se desestima la demanda en la que la mujer insta, tras la finalización de la unión, que se le atribuya el uso del domicilio en que convivieron y se le conceda una pensión mensual por cargas familiares, en la que no entran las relativas a los hijos habidos por ser todos mayores y ajenos al caso.

La Sala falla desestimando el recurso y manteniendo que la protección social y jurídica de la familia a que se refiere la artículo 39.1 C.E. no permite aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho, aunque esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho, máxime las de larga duración, pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación, bien por la aportación a la creación de un patrimonio o con apoyo en el enriquecimiento injusto o en algún otro precepto incluso aplicable por analogía, para lo cual han de citarse los concretos preceptos con los que la analogía se da –lo que no se hizo en el recurso–. (Vide la Sentencia de 22 de julio de 1993).

También se desestiman otras cuestiones por no haber sido planteadas en los escritos fundamentales del pleito (responsabilidad extracontractual, el artículo 1901 C.c. relativo al cuasi-contrato de cobro de lo indebido) y estar vedado hacerlo en casación.

7) **Sentencia de 24 de noviembre de 1994 (1075/1994).** Una vez más: no es posible aplicar a las uniones “more uxorio” las normas reguladoras del régimen legal de la sociedad de gananciales, pues aun reconociéndose la

libertad para crear aquellas uniones libres, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras.

Y este mismo razonamiento es también extensible a la inaplicación de las normas reguladoras del régimen de separación de bienes –lo que había hecho la Audiencia–, pues quien de tal forma se unieron pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Debe respetarse la decisión personal, libremente tomada, de unirse, prescindiendo del vínculo legal del matrimonio, y declarar que tales uniones son instituciones sustancialmente distintas, en cuanto a la generación de derechos y deberes interpersonales y patrimoniales.

Ciertamente, que habrá supuestos en los que se producirán consecuencias económicas, a los que habrá que procurar adecuada y justa solución y que será posible, cuando se acredite que hubo “*affectio societatis*”, por las vías de la analogía con la sociedad o la comunidad de bienes, o cuando se acredite el incremento patrimonial de uno por el esfuerzo del otro, que se busque el equilibrio por la vía del enriquecimiento injusto, etc..

8) Sentencia de 30 de diciembre de 1994 (1181/1994). Tras reproducir los argumentos contenidos en la ya examinada Sentencia de 22 de julio de 1993, sobre la imposibilidad de aplicar por analogía las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico-matrimoniales a las uniones de hecho, añade que la inexistencia de regulación legal de éstas “no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al respeto del libre albedrío, al libre albedrío o facultad del hombre para pronunciarse o gobernarse en uno u otro sentido, como ser libre que es y, como tal, titular de derechos subjetivos que le autorizan a hacer lo que le place, dentro del poder concreto que el ordenamiento jurídico y la Constitución le conceden, de tal manera que someter su voluntad al establecer una situación de “*facto*” a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica, puede constituir un ataque frontal a su libertad”.

No hay, pues, laguna de ley, sino respecto al libre albedrío, al derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio. Si se aplicase la analogía habrían de imponerse a los litigantes los mismos derechos y deberes que a la institución matrimonial impone la ley, en detrimento de la libertad de la pareja, uno de cuyos miembros se acuerda de aquella institución que no quiso asumir cuando la convivencia hace crisis.

El Juzgado, cuya sentencia se confirma, ya advirtió que “los efectos solicitados en la demanda, propios de la nulidad, separación o divorcio del

matrimonio no son aplicables a una convivencia extramatrimonial, lo que no significa, sin embargo, que esas situaciones carezcan de toda protección jurídica, pues si a consecuencia de tal relación de convivencia se han producido efectos patrimoniales o una parte se considera perjudicada por el cese de esa convivencia puede solicitar al amparo de otros preceptos la protección que considere merecer”.

En esta importante Sentencia el Supremo deja claro que “tampoco resulta baladí recordar que, aunque la legislación sobre matrimonio y familia pueda variar en un momento dado, en la actual concreción jurídica no cabe alegar el artículo 39 de la Constitución para reclamar la protección jurídica de la familia creada al amparo de una unión de hecho, pues dicho artículo se encuentra enmarcado en el Título I, Capítulo Tercero, y el artículo 53.3 establece que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”, lo que implica una reserva de ley que no cabe violentar mediante la analogía.

9) Sentencia de 18 de marzo de 1995 (229/1995). Rechaza la aplicación a estas uniones “more uxorio” de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales y, siguiendo la doctrina jurisprudencial de acudir en cada caso a los pactos expresos o tácitos (“facta concludentia”) existentes entre los interesados, considera que la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como si de un matrimonio se tratara, y durante el cual ambos ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjuntamente e individualmente pero para la sociedad que esa convivencia y trabajo en común había consolidado, se está declarando la existencia entre ellos de una sociedad civil irregular de carácter universal que, de acuerdo con el artículo 1629, párrafo segundo, C.c., habrá de regirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (artículos 392 y siguientes), por lo que, se califiquen tales relaciones de comunidad normal de bienes o de copropiedad por cuotas –como hace la sentencia recurrida–, o de sociedad civil irregular, el régimen jurídico aplicable es el mismo.

10) Sentencia de 16 de diciembre de 1996 (nº 1085/1996). Hechos probados: convivencia de la demandante con el ahora recurrente que se prolonga por espacio de unos tres años y en la que se integran los tres hijos que aquélla tuvo de su precedente matrimonio disuelto. Esta convivencia se mantuvo en el domicilio que el demandado estableció en la calle... y creó una auténtica comunidad de intereses económicos, a más de naturales vínculos afectivos y de un claro reconocimiento social, de todo lo cual se derivó un estado de hecho semejante al generado por una unión matrimonial. La

actora convino en mantener tal convivencia ante la certidumbre de que habría de alcanzar el refrendo legal, mediante celebración del matrimonio civil con el demandado y así se promovió e incoó el oportuno expediente previo, en el que llegó a hacerse concreto señalamiento para el acto de la ceremonia. La aceptación de esta forma de convivencia llevó a la demandante a resolver el contrato de arrendamiento que venía disfrutando de otra vivienda, donde residía en unión de sus tres aludidos hijos y en la que aceptaba un número reducido de huéspedes que representaban para ella unos fluctuantes ingresos económicos. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, condenándose al varón a abonar a la actora una cierta cantidad y conceder a ésta el uso de un automóvil –por un año– y el de la vivienda por dos años. En apelación esta sentencia fue revocada parcialmente en cuanto a la cantidad a satisfacer en concepto de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de promesa matrimonial, confirmando sus restantes pronunciamientos.

El Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso interpuesto, proclama:

-Que nos hallamos ante una convivencia al modo matrimonial de una pareja heterosexual matizada por la promesa de matrimonio que, aunque fuera el motivo determinante de la convivencia, refleja un hecho jurídicamente diferenciado al que no se pueden anudar las consecuencias jurídicas del hecho de la convivencia. En efecto, la realidad social de nuestro tiempo, ofrece ejemplos abundantes de la generalización en la práctica de este tipo de convivencias, carentes todavía de tratamiento unitario, aunque no faltan referencias legales y más jurisprudenciales. No constituyen matrimonios informales consolidados por el Derecho, como fue el matrimonio por uso del Derecho Romano o el matrimonio “a yuras” del Derecho castellano, que fue aceptado por la Iglesia hasta el Concilio de Trento. Ni tampoco deben confundirse con matrimonios de segundo orden o sucedáneos del mismo. En realidad suponen en unos casos alternativa al matrimonio, y en otros una preparación al matrimonio que se contempla como culminación de la satisfactoria convivencia. Nota común es la exclusión, por regla general, de las normas legales del matrimonio, para disciplinar estas situaciones, ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras. No obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros,

-Que los daños y perjuicios que se reclaman en ejercicio de una acción de resarcimiento por convivencia al modo uxorio, en la que intervino promesa de matrimonio, tienen su origen en la imprevisión de ambos convivientes que

debieron establecer con claridad los derechos y deberes recíprocos, aun en caso de ruptura, aunque nunca para el supuesto de no celebración del matrimonio que constituye, según el artículo 42 C.c., cláusula nula,

-Que el daño moral causado por la frustración del proyecto matrimonial no es indemnizable bajo ninguna cobertura legal (se invocaba el artículo 43 C.c.). Sí lo son los demás conforme al artículo 1902 C.c. (culpa extra-contractual),

-Que el enriquecimiento injusto tampoco es argumento que pueda servir de soporte al pronunciamiento relativo al uso de la vivienda, sino el desamparo en que quedó la actora como consecuencia del fracaso y ruptura de su convivencia con el demandado. No cabe, tampoco en este orden, apoyarse en el artículo 43 C.c., pues tal interpretación supondría forzar los límites del expresado precepto, cuya “ratio” no presupone la convivencia como un hecho anticipado al matrimonio, sino que la contempla implícitamente como un hecho futuro, y

-Que admite una aplicación analógica de la disciplina matrimonial, en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación, y sobre todo investigando la “ratio normativa”, a la convivencia “more uxorio”. Recuerda la doctrina de la Sala mantenida en la ya examinada Sentencia de 22 de julio de 1993 y con ella rechaza la aplicación analógica de los regímenes económicos-matrimoniales, pero llega a solución contraria respecto del uso de la vivienda familiar, reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privaticidad), al tiempo que, cuando existen hijos, es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. La aplicación del artículo 96 C.c., párrafo tercero, integrado con el artículo 4º.1, justifica una solución como la adoptada por ambas sentencias de instancia.

11) **Sentencia de 4 de marzo de 1997.** Mantiene, una vez más, la doctrina jurisprudencial de la no aplicación analógica de las normas relativas a los regímenes económico-matrimoniales (Sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992; 18 febrero y 22 de julio de 1993; y 27 de mayo de 1994) y rechaza la infracción del principio general del derecho “da mihi factum daba tibi ius”, o “iura novit curia”, invocado por el recurrente ya que, según su tesis, acreditada la unión libre no matrimonial, se debió proceder a su encaje dentro de una institución jurídica. El motivo se desestima. Aparte de que los aforismos que se citan son simplemente eso, meros aforismos o reglas que compendian en muy pocas palabras la totalidad de una regulación

jurídica, o si se quiere, son resúmenes escuetos de la misma, pero no “un principio general del Derecho”, la recurrente olvida que los órganos judiciales están vinculados a la ley por la Constitución (artículo 117) sin que se admita que puedan crear Derecho. Por tanto, es obvio que la regulación, con carácter general, de las uniones extramatrimoniales en modo alguno les compete, si es que fuera necesario regularlas. Mucho menos pueden quebrantar la ley, con el pretexto de integrar el ordenamiento jurídico, como lo sería aplicar el régimen económico-matrimonial y los derechos del cónyuge viudo a quien no es tal cónyuge por su propia y libre decisión.

12) **Sentencia de 4 de abril de 1997 (número 272/1997)**. En la síntesis jurisprudencial, mantenida en su Fundamento Jurídico Cuarto, recoge la Sentencia de 21 de octubre de 1992, según la cual la normativa reguladora de los regímenes económico-matrimoniales (Título III del libro IV del C.c.) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre por el mero hecho del surgimiento de la misma, sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias del caso, pueda predicarse la aplicabilidad (no por “analogía legis”, que aquí no se da, sino por “analogía iuris”) de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio, regula el citado Título del C.c., siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial (“more uxorio”), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por su “facta concludentia” (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o alguno de los bienes adquiridos –a título oneroso– durante la duración de la unión de hecho.

En el caso concreto –adquisición de una vivienda escriturada a nombre de la mujer, cuando en el documento privado previo (no citado en la escritura) lo estaba a nombre del varón y aportación por éste de parte del precio– el Tribunal Supremo, tras considerar aplicable analógicamente las normas del régimen de gananciales en los supuestos en que no existan elementos derivados de la propia conducta de los convivientes determinante de su exclusión, reconoce la titularidad exclusiva derivada de la escritura, si bien con la obligación de reintegrar al actor la aportación económica efectuada para la adquisición, entendiendo que esta unión de hecho funcionaba con un sistema afín a la separación de bienes .

13) **Sentencia de 29 octubre de 1997 (905/1997)**. En las uniones de hecho cuando cesa con carácter definitivo la convivencia familiar surge la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, ya los que se debe aplicar, sin duda, el régimen que establecen los artículos 392 y siguientes del Código civil.

14) **Sentencia de 10 de marzo de 1998 (212/1998)**. Novedosa sentencia que inicia un cambio jurisprudencial. La recurrente estimaba aplicable la norma que establece el artículo 96 C.c., respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar para las crisis matrimonial, a un supuesto de convivencia “more uxorio”.

Reconoce la Sala que este tipo de convivencias no están reguladas legalmente, ni tampoco prohibidas por el Derecho: son ajurídicas, pero no antijurídicas; carecen de normativa, pero producen o pueden producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo –hoy por hoy inexistente– sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica. Idea en la que ha incidido el T.C. en toda la sentencias en que ha reconocido al conviviente la subrogación “mortis causa” en caso de fallecimiento del arrendatario con el que mantenía una convivencia “more uxorio” bajo el régimen de la derogada L.A.U. (Sentencias 222/1992, de 11 de diciembre; 6/1994, de 18 de enero y 47/1993, de 8 de febrero).

En este caso tratábase de una convivencia “more uxorio”, en la que una vivienda y una plaza de aparcamiento habían sido adquiridas por mitad y “pro indiviso” por los convivientes, y en la que la recurrente contrae una grave enfermedad, y continúa, por pacto entre ambos, en su uso tras la ruptura.

Se trata, pues, de una situación de trascendencia jurídica derivada de una situación de hecho no regulada por ley, ni desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1.C.c. y matiza su apartado 4. Y el principio general no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (artículo 10, dignidad de la persona; artículo 14, igualdad; artículo 39, protección a la familia), de

normas de Derecho privado (artículo 96 C.c.) y la nueva L.A.U. (Ley 29/1994, de 24 de noviembre; artículo 16.1.b), de las Sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas y de las mismas de esta Sala.

Se estiman los tres motivos del recurso por cuanto la Sentencia de instancia ha inaplicado incorrectamente el artículo 96 C.c. y la doctrina jurisprudencial, pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de ésta y de los demás normas citadas, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado.

15) Sentencia de 27 de mayo de 1998 (número 504/1998). Del hecho de que exista una convivencia “more uxorio” no se puede deducir sin más la voluntad de constituir un patrimonio común; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserve su total independencia frente al otro; que no quieren contraer las obligaciones recíprocas, personales y patrimoniales, que nacen del matrimonio. Naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 C.c.; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenten que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes.

16) Sentencia 4 de junio de 1998 (550/1998). Las uniones libres, aún careciendo de precisa normativa, no por esto son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, y nuestra realidad legislativa ha afrontado el problema sólo fragmentariamente, sin pronunciarse por una prohibición total. Sobre esta cuestión la jurisprudencia de la Sala se ha manifestado en el sentido de que en materia de uniones “more uxorio” no es posible aplicar las normas reguladoras del régimen legal de gananciales, pues aun reconociendo la libertad para crear aquellas uniones libres, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras (Sentencias del 21 octubre y 11 de diciembre de 1992; 18 de febrero de 1993 y 27 mayo y 24 de noviembre de 1994). La aludida falta de equiparación no puede entenderse en términos de absoluta incompatibilidad, pues descendiendo al campo constitucional, aunque la Constitución no las prevé, tampoco la rechaza explícitamente y así se desprende del artículo 32 en relación con el 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho, y, por otro lado, una de las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de fecha 7 de marzo de 1988, está orientada para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que vivan juntas, como parejas no casadas, no puedan tenerse como nulos por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones.

Habiéndose probado que en la unión “more uxorio” de este caso concreto –de la que incluso nacieron dos hijas–, ambas partes acordaron someter el patrimonio adquirido por ambos, con sus frutos y sus rentas, al régimen de la sociedad legal de gananciales, es fundamento suficiente para que el Tribunal “a quo”, en línea coincidente con el criterio del juez de instancia, concediera a Doña... la percepción de una indemnización mensual por el factor desestabilizador que la supuso la cesación de la convivencia. Si bien, no en concepto de pensión compensatoria por la vía del artículo 97 C.c., al no existir matrimonio.

17) **Sentencia de 23 de julio de 1998 (790/1998)**. No cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial (“more uxorio”), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes. La comunidad sólo surgirá si quienes decidan unir sus vidas tienen el propósito de formar un patrimonio común con sus bienes. De la existencia de una actividad económica conjunta con aportación del esfuerzo personal de ambos, deriva la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal con los bienes pertenecientes a ambos.

18) **Sentencia de 1 de junio de 1999**. A diferencia de toda la demás citadas, ésta es de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 6ª). Este recurso –que fue estimado– lo interpuso la interesada contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por la que se desestimaba el interpuesto contra la denegación a la recurrente por el Ministerio del Interior de la petición de indemnización a su favor por el fallecimiento en acto terrorista de un funcionario policial con el que convivía desde hace más de cinco años, sin que entre ellos existiera vínculo matrimonial.

La Sentencia recurrida se fundaba en el texto del artículo 2 del R.D. 336/1986, de 24 de enero, según el cual sólo puede tener acceso a la indemnización por razón del fallecimiento, en acto terrorista de la víctima, el conviviente no cónyuge en el supuesto de que exista descendencia común, y en que el tratamiento diferenciado que contempla el R.D. entre convivientes con vínculo matrimonial y sin él no constituye discriminación contraria al artículo 14 C.E. de acuerdo con la doctrina sentada por el T.C. en su Sentencia de 15 de noviembre de 1990, según la cual el legislador dispone de un margen de configuración para la extensión o no de la pensión de viudedad a las uniones de hecho. La recurrente interpone casación en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, por infracción del artículo 14 C.E. y de la jurisprudencia aplicable. Aduciendo que ha evolucionado la jurisprudencia constitucional y la conciencia social y, en suma, que se impone una interpretación analógica de conformidad con el artículo 4.1 C.c. para salvar

el hecho de que el artículo 2 del R.D. transgrede el artículo 14 C.E., pues la pareja estable, a la que se niega la equiparación al cónyuge, forma unidad familiar a efecto del artículo 39 C.E.

Considera el Supremo que el supuesto de hecho contemplado en el presente proceso no puede considerarse idéntico al resuelto por el T.C. respecto al artículo 160 L.G.S.S. (hoy artículo 174 de su Texto Refundido), en sus Sentencias 65 y 134/1987 y 97/1990: a) Porque no se trata propiamente de la fijación de una prestación o ayuda de carácter social, sino que el propósito de la indemnización es resarcitorio de los daños morales y perjuicios patrimoniales derivados del daño corporal originado por el acto terrorista (vide artículo 1º del R.D. 336/1986) y b) porque los principios que formula la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, de medidas contra la actuación de bandas armadas y actividades terroristas o rebeldes, no contienen disposición que pueda entenderse como la autorización de una especial distinción entre cónyuges y convivientes de hecho; distinción que no tiene, por tanto, su origen en la ley, sino en una norma de carácter reglamentario.

Basándose en la primera de las premisas, el Tribunal Supremo no considera justificada la distinción cuando se trata de atender al resarcimiento de los daños morales y perjuicios pecuniarios, dimanantes del fallecimiento de una persona. Los daños morales originados por un acontecimiento de esta naturaleza no consisten sino en el dolor y el sufrimiento que causa la muerte de una persona próxima con la que se convive y a la que se permanece ligada por razones de afecto sólo valorables en el ámbito de la relación humana, y para determinar si aquéllas existen no puede utilizarse como criterio discriminador sin incurrir en iniquidad la existencia o no de un vínculo matrimonial formalizado con arreglo al Derecho, puesto que las situaciones consolidadas de convivencia en condiciones de afectividad análoga al matrimonio en nada desmerecen, frente a los supuestos caracterizados por la existencia de un vínculo conyugal, en lo que hace al dolor que origina la pérdida de la persona querida.

Desde la segunda de las perspectivas consideradas –que el origen de la distinción se encuentra no en la ley, sino en una norma de carácter reglamentario– y en virtud del principio de subordinación de los reglamentos a la ley, es evidente que aquéllos no pueden introducir distinciones no autorizadas por la norma legal. Al carecer, por tanto, el Real Decreto de la pertinente habilitación legal, su artículo 2 debe ser interpretado analógicamente, entendiendo que en la referencia al cónyuge figura incluido por asimilación el conviviente de hecho (interpretación que encuentra su punto de apoyo en el artículo 6 de la L.O.P.J., potestad de inaplicar los reglamentos ilegales). Este criterio de asimilación ya ha sido recogido en el artículo 7 del ya visto R.D. 1211/1997, de 18 de junio, por el que se aprueba el Reglamento

de Ayudas y Resarcimiento a las Víctimas del Delitos del Terrorismo.

Contra esta Sentencia se formuló voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, al que se adhirieron los Magistrados Excmos. Sres. don Francisco José Hernando Santiago y don Pedro Antonio Mateos García, por disentir del criterio de la mayoría, sobre la base de que arranca de una premisa equivocada: la de que las prestaciones establecidas por la L.O. 9/1984 constituyen, en lugar de ayudas públicas, indemnizaciones resarcitorias.

19) Sentencia de 6 junio de 2000. También de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª). Se resuelve en esta sentencia la cuestión de si el matrimonio y la unión estable de hecho son equiparables para apreciar la existencia de una razón de reagrupación familiar a los efectos de determinar la concurrencia de circunstancias excepcionales que determinen la procedencia de otorgar la exención de visado de residencia. Por razones temporales era de aplicación el artículo 12.4 de la L.O. 7/1985 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que establecía que “El Ministerio del Interior podrá autorizar la entrada, tránsito o permanencia en territorio español a los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, o que no hubieren entrado por los puestos habilitados a tal efecto, siempre que medie causa suficiente”. Y el artículo 54 del R.D. 1119/1986, en desarrollo de este precepto, disponía que “Las autoridades gubernativas podrán eximir a un extranjero de la obligación de visado, si existiesen razones excepcionales que justifiquen tal dispensa”. La Sala, de acuerdo con los principios establecidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre –que aceptó la subrogación en el arrendamiento durante la vigencia de la L.A.U. anterior– y la dictada por ella misma el 1 de junio de 1999 –a la que acabamos de referirnos–, entendió que la voluntad de mantener o restaurar la agrupación familiar de la pareja estable constituye una causa suficiente o circunstancia excepcional que justifica la exención del visado de residencia para quien acredita hallarse en tales circunstancias y ello aunque el citado Reglamento de ejecución de la L.O. 7/1985 no asimile al cónyuge de un español o extranjero residente en España al conviviente de hecho a estos efectos.

En su Fundamento de Derecho Octavo la misma Sentencia reconoce que la nueva Ley de Extranjería –L.O. 4/2000, de 11 de enero– tampoco asimila en su artículo 17 la situación del conviviente de hecho estable con el cónyuge del residente, entre los parientes a los que el extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él y que su inclusión en el nuevo apartado e), relativo a “cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia a España por razones humanitarias”, aún

apareciendo como razonable, exige, cuando menos, un esfuerzo interpretativo. Por lo demás, y por no poderse plantear la cuestión por ser aplicable el derecho anterior, se limita a dejar la cuestión en el aire (“El rango legal de la disposición ahora considerada ofrece una nueva perspectiva para la consideración del problema”). Añadamos que este apartado e) ha desaparecido tras la nueva redacción dada a la Ley de Extranjería por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, y que el problema tampoco se resuelve en el artículo 41.1 del Reglamento, cuyo texto fue aprobado por el R.D. 864/2001, de 20 de julio.

20) **Sentencia de 27 de marzo de 2001 (327/2001)**. De nuevo Sala de lo Civil. Reconoce la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto –como ya había mantenido el Supremo en las citadas Sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 20 de octubre de 1994–, considerando que el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc. Doctrina jurisprudencial que ha encontrado eco en las legislaciones autonómicas (y cita las leyes catalana, aragonesa y navarra), por lo que los tribunales, en situaciones de laguna legislativa como la presente, no deben contribuir a hacer más vulnerable el principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 C.E.

Se reitera, asimismo, la aplicación de la “analogía iuris” para colmar lagunas legales de acuerdo con el principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado y conforme a la examinada Sentencia de 10 de marzo de 1998 en la que se reconoció el uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de garaje. Uso que en este caso concreto por haberse vendido el domicilio familiar –a pesar de haber sido requerido el conviviente masculino por el Juzgado de Primera Instancia para que no efectuara actos de disposición sobre el mismo–, se sustituye por una condena al demandado a pagar una determinada cantidad que prudentemente se calcula en concepto de alquiler por el uso de dos años de una vivienda adecuada a sus necesidades y a las de los hijos que conviven con la recurrente.

Y “en llegado este momento” hemos de poner punto final a esta charla. Me parece que ha quedado claro que en las Comunidades Autónomas donde no hay regulación específica sobre el tema, las uniones “more uxorio” son una realidad ajurídica no prohibida por el Derecho, pero tampoco regulada por éste, salvo algunos aspectos parciales que hemos enumerado. Esta situación de anomía se está resolviendo caso a caso por los Tribunales, a los que paradójicamente acuden para defender sus pretensiones los que, en

principio, prescindieron del Derecho. A todos aquellos que usando de su libertad, deciden asumir este modo de convivencia debe recordárseles que más vale prevenir que curar. O dicho de otro modo: que deben pactar, pactar y pactar. No pensar sólo en el hoy, sino también en la mañana. Lo que ahora es o puede ser amor, puede convertirse en odio y en caso de ruptura, si no hay pactos previos relativos al destino de los bienes adquiridos durante, a pensiones, a indemnizaciones, al uso del domicilio familiar, cada uno tirará egoístamente para su lado y será el órgano jurisdiccional, quien guiado por la habilidad u obligado por la falta de ella del letrado de turno, deberá decidir según las pruebas aportadas, ya que nunca debemos olvidar que probar –así me lo enseñó el profesor GUASP en el viejo San Bernardo a finales de los 40– es convencer psicológicamente al juez de la verdad de lo que se afirma o se niega.

Gracias a todos por su presencia, asistencia y paciencia. Mil gracias y con ellas el más sincero y profundo reconocimiento de este que lo “és”, Eduardo/Martínez-Piñeiro... Caramés.