

# EL CÓMPUTO DE LA CONVIVENCIA *MORE UXORIO* EN EL CÁLCULO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2015

[Spanish supreme court's judgment of december  
16, 2015, measures alimony including previous  
time of cohabitation before to get marriage]



Carmen FLORIT FERNÁNDEZ  
Profesora Doctora  
Universidad Europea  
*carmen.florit@universidadeuropea.com*

**Fecha de recepción:** 14/07/2016

**Fecha de aceptación:** 10/10/2016

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN ■ II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2005: PLANTEAMIENTO GENERAL Y CRÍTICA A LAS UNIONES DE HECHO POR SU JUSTIFICACIÓN YA SUPERADA EN LA UNIÓN HOMOSEXUAL Y EN LA IMPOSIBILIDAD DE DIVORCIO ■ III. PENSIÓN O INDEMNIZACIÓN POR DESEQUILIBRIO EN LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA ■ IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2015 ■ V. CONCLUSIÓN ■ VI. BIBLIOGRAFÍA.

## Resumen

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015 contradice de plano lo establecido antes por el propio Tribunal en su Sentencia

de 12 de septiembre de 2005, referente a la pensión compensatoria en las uniones de hecho, haciendo de nuevo difícil la distinción entre el matrimonio y la unión *more uxorio*. En la sentencia que se analiza no se discute si el miembro de la unión estable no matrimonial tiene derecho o no a la pensión compensatoria sino si, al haber matrimonio y posterior ruptura matrimonial, puede computarse el tiempo de convivencia anterior al matrimonio. En el presente trabajo se analiza la doctrina del Tribunal Supremo, primero la contenida en la Sentencia de 2005, estudiando las particularidades de la pensión compensatoria en las uniones de hecho, pasando después a estudiar la sentencia de 2015, para tratar de clarificar la contradicción entre ambas y los problemas que a futuro se presentan con esta nueva doctrina.

### Abstract

The Spanish Supreme Court's judgment of December 16, 2015, contradicts the previous one of September 12, 2005. It is concerning about the alimony when a fact relationship break, and when they marry after to cohabitation. Supreme Court measures alimony including previous time of cohabitation before to get marriage. In this paper I analyze the Supreme Court's jurisprudence about this, studying the peculiarities of alimony in fact relationship, to try to clarify contradictions and problems what there will be in the future.

### Palabras clave

Pensión compensatoria, uniones de hecho, cómputo de pensiones, matrimonio.

### Keywords

Fact relationship, alimony, compensation, marriage.

## I. INTRODUCCIÓN

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015 (Núm. Sentencia 713/2015, núm. Recurso 1888/2015, Ponente: Eduardo Baena Ruiz), ha dado otra vuelta de tuerca a la cada vez mayor difícil distinción entre el matrimonio y la unión de hecho o *more uxorio*. En la sentencia que a continuación se analiza no se discute si el miembro de la unión estable no matrimonial tiene derecho o no a la pensión compensatoria sino si, al haber matrimonio y posterior ruptura matrimonial, puede computarse<sup>1</sup> el tiempo de convivencia anterior al matrimonio, en concreto, en

---

1. En cuanto al cómputo, debe tenerse en cuenta que la duración de la convivencia en este caso no sólo se tiene en cuenta para la cuantificación económica de la pensión sino también para el establecimiento de su duración temporal, y por supuesto para, primeramente, dilucidar si existe o no el derecho a la misma.

lo que respecta a lo establecido en los puntos quinto y sexto (la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge y la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal, respectivamente).

La Sentencia es de vital importancia porque viene a contradecir –aunque en el texto de la misma dedique parte de sus fundamentos a desmentirlo– lo establecido antes por el propio Tribunal desde su importante Sentencia de 12 de septiembre de 2005.

La citada Sentencia de 2005<sup>2</sup> explica la diferenciación jurídica entre el matrimonio y la unión de hecho en referencia a la posible aplicación de la compensación del art. 97 del Código Civil y dice, entre otras cosas, lo siguiente: «Aunque el Tribunal Supremo no es un legislador... es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio... Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por *analogía legis* de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio... ahora bien, todo lo anterior, no debe excluirse cuando proceda el derecho resarcitorio, para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado, en los supuestos de una disolución de una unión de hecho... Pues bien, dentro del ámbito del derecho resarcitorio y dada la ausencia de norma concreta que regule la cuestión actual, habrá que recurrir a la técnica de la analogía *iuris*, o sea no partir para la aplicación analógica de una sola norma, no proceder de lo particular, sino que, partiendo de una serie o conjunto de normas, tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho. En conclusión, que hay que entender la analogía *iuris* como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho».

La Sentencia que se analiza establece en su Fundamento de Derecho Tercero, en su segundo punto, que «La sentencia recurrida sostiene que el artículo 97 del Código Civil es exclusivamente aplicable al matrimonio y no, por razón de analogía, al período de convivencia prenupcial. No obstante, afirma que cuando la convivencia *more uxorio* sea inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio, tal circunstancia puede ser relevante y no cabe negarle virtualidad para valorar la existencia o no de desequilibrio y, en su caso, cuantía y temporalidad de la pensión».

Con ello, contradice la doctrina anterior del Tribunal Supremo, que dejó claro que la convivencia *more uxorio* no daba derecho al cobro de una pensión compensatoria en caso de ruptura de la pareja, teniendo que aplicar en aquel supuesto la *analogía iuris* en referencia al enriquecimiento injusto. En el presente caso, para no volver a generar la muy temida inseguridad jurídica, ¿no podría el Tribunal haber aplicado la

---

2. Ver también la STS de 30 de octubre de 2008.

misma doctrina separando en dos fases la convivencia total, de hecho en un primer momento y matrimonial en su segunda etapa?

En el presente trabajo se analizará la doctrina del Tribunal Supremo, primero la contenida en la Sentencia de 2005, analizando las particularidades de la pensión compensatoria en las uniones de hecho, pasando después a estudiar la sentencia de 2015, para tratar de clarificar la mencionada contradicción entre ambas y los problemas que se presentan con esta nueva doctrina.

## II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2005: PLANTEAMIENTO GENERAL Y CRÍTICA A LAS UNIONES DE HECHO POR SU JUSTIFICACIÓN YA SUPERADA EN LA UNIÓN HOMOSEXUAL Y EN LA IMPOSIBILIDAD DE DIVORCIO

La unión *more uxorio*, unión de hecho o unión estable de pareja<sup>3</sup>, es aquella en la que, no habiendo vínculo matrimonial, existe una relación estable de pareja, *affectio maritalis*, relación sexual y convivencia, y se articula entre los convivientes como si de un matrimonio se tratara. No debemos incluir en este tipo las relaciones que podríamos denominar esporádicas o que a pesar de su continuidad se desarrollan en el marco de la clandestinidad<sup>4</sup>.

Lacruz Berdejo habla incluso de *familia de hecho*: «Para que haya lo que se denomina comúnmente una *familia de hecho* es precisa una vida paraconyugal de la pareja, que se conduce como matrimonio y como tal se pretende y presenta. Se trata de un situación familiar (STC 222/1992, 11 diciembre) en la que dos personas viven juntas y mantienen relaciones sexuales entre sí sin formalizar su relación, por lo que pueden unilateralmente y sin intervención judicial ultimar y dejar sin efecto la relación»<sup>5</sup>.

Desde el punto de vista legal, no existe una norma estatal que regule los deberes, obligaciones y derechos de los miembros de las uniones libres, sino sólo determinadas normas concretas que regulan cuestiones puntuales<sup>6</sup>. Las Comunidades Autónomas, sin embargo, sí han entrado a regularlas, y de manera global.

Que las CCAA hayan entrado a regular las uniones de hecho<sup>7</sup> no está exento de polémica. Dice Bercovitz que «son anticonstitucionales porque las Comunidades Au-

3. También se les suele denominar parejas de hecho, convivientes de hecho, etc. Como dice García Rubio, «el mismo término para designarlas ha ido evolucionando a la par que la aceptación social de las mismas, despojándose de la apreciación y nomenclatura peyorativa. Así, ha quedado en desuso el término *concubinatio*...» GARCÍA RUBIO, Mari Paz, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, 1ª ed., Civitas (Madrid, 1995), p. 193.

4. Como sería el caso de una segunda pareja con la que se mantiene una relación paralela al margen del matrimonio. Estas son las características típicas de la unión libre las de la convivencia y la voluntad de permanencia según Lacruz. LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, 4.ª ed., revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Joaquín, Dykinson (Madrid, 2010), p. 289.

5. LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, op. cit., p. 279.

6. como la referida a la subrogación en el arrendamiento de vivienda.

7. Las CCAA con competencia legislativa en Derecho Civil que han regulado la figura de las uniones estables de pareja son:

tónomas carecen de competencia legislativa en materia civil sobre esta materia, incluidas las Comunidades con propio Derecho civil, foral o especial. Pero, sobre todo, son anticonstitucionales porque en verdad lo que vienen a establecer, bajo la denominación de parejas o uniones de hecho o estables, es una segunda clase de matrimonio en cada Comunidad, con diferentes requisitos y efectos a los vigentes con carácter general para el matrimonio. Ello implica que ni siquiera el legislador estatal es competente al respecto, por la sencilla razón que nuestra Constitución permite únicamente una clase de matrimonio, con únicos requisitos y efectos básicos, autorizando la diversidad exclusivamente para la forma de celebración (art. 32.2 CE)...»<sup>8</sup>.

Es muy común encontrar referencias en un sector de la doctrina a la *discriminación* que padecen las parejas de hecho dado que no se les conceden los mismos derechos que al matrimonio. La reivindicación de una regulación de las uniones de hecho en base a la discriminación respecto del matrimonio ha dado lugar a una multitud de normas autonómicas, como ya he enumerado, que, dada su variedad, y dado también el inmenso abanico de posibilidades en lo que se refiere a la relación

---

– Cataluña: Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que deroga la pionera Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, modificada por la Ley 3/2005 de 8 de abril.

– Aragón: Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que deroga la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, que había sido reformada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas y por la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres.

– Navarra: Ley 6/2000, de 3 de julio, sobre igualdad jurídica de las parejas estables. La norma también ha sido objeto de varias reformas, la última de junio de 2011.

– Baleares: Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, que ha sido modificada en 2009.

– País Vasco: Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, que ha reformado la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho.

– Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio, reformada por la Ley 10/2007 de 28 de junio, reformada recientemente en el año 2012.

Las CCAA donde rige el Código Civil con normas sobre las parejas de hecho son:

– Valencia: Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat.

– Madrid: Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid.

– Asturias: Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables del Principado de Asturias.

– Andalucía: Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.

– Extremadura: Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho.

– Cantabria: Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria

– Castilla La Mancha: Decreto de 124/2000, de 11 de julio, sobre creación y régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la comunidad de Castilla-La Mancha, reformada en 2012.

– Castilla y León: Decreto de 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento.

– La Rioja: Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja, reformado en 2013.

– Canarias: Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias, reformado en 2012.

La única Comunidad Autónoma que carece de una regulación específica de las uniones de hecho es la Región de Murcia.

8. Citado por GINEBRA MOLINS, MARÍA ESPERANZA, «El matrimonio y las uniones de hecho: una aproximación desde el derecho español», en *Familia y discapacidad*, 1.ª ed., Reus (Madrid, 2010), pp. 115-116.

personal de la pareja, ha llevado a una inseguridad jurídica manifiesta y a una desigualdad también manifiesta en la distinta normativa.

Debe advertirse que, si bien es entendible que pasado largo tiempo de relación, por ejemplo, de hecho, uno de los miembros fallece, el que el otro quiera tener derecho a lo que hubiera tenido de haberse casado, cuando se reivindica la asimilación de las uniones de hecho con el matrimonio y su regulación para dar satisfacción a la consabida necesidad de seguridad jurídica, la unión deja de ser de hecho, sino de Derecho<sup>9</sup>, y si se equipara en derechos y deberes/obligaciones al matrimonio, ¿por qué habremos de albergar en un mismo ordenamiento jurídico dos instituciones de idéntico contenido pero de nomenclatura distinta?<sup>10</sup> Es más, si lo que se quiere es que se reconozca una realidad social, las de las uniones de hecho, con consecuencias jurídicas distintas a las del matrimonio, ¿debemos regular dos tipos de uniones con consecuencias distintas?<sup>11</sup>, ¿debemos dar cabida a distintos *tipos de matrimonio* con consecuencias jurídicas *a la carta*? Quiero recordar en este punto, que en multitud de ocasiones se reclama la asimilación total de consecuencias jurídicas entre uniones de hecho registradas y matrimonio, en este caso ¿por qué no contraen matrimonio las parejas que lo desean, dado que pueden también contraerlo las parejas homosexuales y existe para todos la posibilidad de solicitar el divorcio *unilateral*?

También debe tenerse en cuenta, como advierte el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de septiembre de 2005, que quien no contrae matrimonio es porque no quiere vincularse jurídicamente al otro, y su pareja, bien esté de acuerdo, bien no lo esté pero lo acepte dado que no rompe la unión, debe también tenerlo presente: «Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio»<sup>12</sup>. Y no cabe que pudiendo haberse casado y no habiéndolo hecho, cuando acontezca la crisis de pareja, se pretendan unos derechos cuyo contrapunto eran unos deberes que no se quisieron asumir.

En esta línea dice Lacruz que el legislador no puede perder de vista la opción de los miembros de la unión de hecho, que no quieren un régimen jurídico, y por ello debe tener presente que la unión libre es querida como tal, no como un sucedáneo del matrimonio y que no cabe institucionalizar lo que en sí no constituye una institución, no queriendo ello decir, en absoluto, que las uniones libres estén prohibidas,

9. Lacruz Berdejo dice que «si estuviera regulada la situación de los convivientes en su conjunto y en sus detalles, tal vez hubiéramos redescubierto el matrimonio, como ocurriera en Roma con el matrimonio *sine manu*». LACRUZ BERDEJO, J. Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 286. Distingue Ginebra Molins entre las uniones de hecho que se registran y regulan por alguna ley autonómica, de las auténticas parejas de hecho, que son precisamente las que queda fuera de las leyes mencionadas y que a veces también son tenidas en cuenta, puntual y aisladamente, por el legislador. *Cfr.* GINEBRA MOLINS, M. Esperanza, «El matrimonio y las uniones de hecho... *op. cit.*», p. 124.

10. Dice Ginebra Molins que «los límites entre una y otra figura son cada vez más difusos». GINEBRA MOLINS, M. Esperanza, «El matrimonio y las uniones de hecho... *op. cit.*», p. 115.

11. Por supuesto, deben distinguirse las parejas que no se casan y no se registran como uniones de hecho de acuerdo a alguna de las distintas normas autonómicas, de las que sí se registran como tales. Por lo que debemos tener siempre presente que existen, por decirlo de una manera gráfica, tres subespecies de parejas: las casadas, las uniones de hecho registradas y las uniones libres no registradas.

12. STS de 12 de septiembre de 2005.

pero plantean problemas que resolver, dada la falta de un vínculo jurídico contractual donde, como en el matrimonio, se prevean todas sus posibles vicisitudes<sup>13</sup>.

Esta tensión entre la opción por la no regulación en base a la absoluta libertad de los miembros de la pareja que no desean vincularse jurídicamente y la demanda de una equiparación de derechos de uniones de hecho y matrimonio se refleja en la doctrina.

Para Pérez Urefña, por citar alguno, la regulación existente es claramente insuficiente a pesar de la progresiva juridificación existente en España<sup>14</sup>.

La STC de 15 de noviembre de 1990 dice que el art. 39 de la CE «no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el art. 39,1 de la CE aquellas medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, siempre, claro es, que con ellos no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*»<sup>15</sup>. Al margen de esta limitación, dice Lacruz Berdejo, «el régimen jurídico del matrimonio y de la convivencia *more uxorio* puede ser diferente: Pero nada impide, como ha dicho el propio TC (S. 184/1990, 15 noviembre), que se puedan derivar en algunos órdenes las mismas consecuencias de una y otra realidad»<sup>16</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005 explica la diferenciación jurídica, en referencia a la posible aplicación de la compensación del art. 97 y por analogía a las uniones de hecho y dice, entre otras cosas, lo siguiente: «Aunque el Tribunal Supremo no es un legislador... es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio... Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huírse de la aplicación por *analogía legis* de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensa-

---

13. En el matrimonio, los esposos no son quienes configuran su contrato, sino que se adhieren al formulado por la ley, quedando un estrecho margen, y más referido al régimen económico matrimonial, a la voluntad de las partes, que en realidad se limita al consentimiento para acceder a la institución ya configurada, y detalladamente, por el ordenamiento. En el caso de las uniones de hecho, cada vez es más común pactar ante notario las normas bajo las que se regirá la relación, aunque no carecen estos pacto de límite alguno, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, la moral y el orden público y, sobre todo, en lo que se refiere a los hijos que, sean matrimoniales o no, gozan de los mismos derechos.

14. Cfr. PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto, *Normativa sobre uniones de hecho: cuestiones candentes*, Edisofer (Madrid, 2002), p. 164.

15. Citada por LACRUZ BERDEJO, J. Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, pp. 283-284.

16. LACRUZ BERDEJO, J. Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil IV...*, *op. cit.*, p. 284.



ción para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio... ahora bien, todo lo anterior, no debe excluirse cuando proceda el derecho resarcitorio, para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado, en los supuestos de una disolución de una unión de hecho... Pues bien, dentro del ámbito del derecho resarcitorio y dada la ausencia de norma concreta que regule la cuestión actual, habrá que recurrir a la técnica de la *analogía iuris*, o sea no partir para la aplicación analógica de una sola norma, no proceder de lo particular, sino que, partiendo de una serie o conjunto de normas, tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho. En conclusión, que hay que entender la *analogía iuris* como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho».

En definitiva, algo tan básico como el consentimiento como requisito indispensable para que el matrimonio nazca y despliegue sus efectos, no puede obviarse para dar solución a un problema práctico, dado que si tan importante es para que el matrimonio surta todos sus efectos, igual importancia debe tener el que no se preste conscientemente precisamente para que no se den los efectos, no queridos, del matrimonio. Por ello, se puede concluir sin ambages que lo que quebranta la voluntad y la libertad de los miembros de una unión de hecho no es el no aplicarle los efectos y consecuencias del matrimonio, sino precisamente el aplicárselas<sup>17</sup>. Piénsese en lo paradójico que resultaría que quien quiere adquirir una vivienda se negase a celebrar el contrato de compraventa y pretendiera sin embargo adquirir el derecho de propiedad sobre la misma por la vía de los hechos, y sin llegar a cumplir los requisitos preceptivos para adquirirla por usucapión.

La sentencia citada fue objeto de dos votos particulares, el de O'Callaghan Muñoz y el de Ferrandiz Gabriel y Roca Trías:

- Voto particular de O'Callaghan Muñoz: «La contribución de la mujer, muy prolongada en el tiempo, pues ha durado 19 años, tiene que tener una valoración económica cuando esta situación de estabilidad a la que la demandante ha contribuido eficazmente se ha roto..., lo que crea razones de justicia y equidad para indemnizar –sin que se especifique, en el Voto, el cauce a seguir para tal hacer– a la persona que se ha dedicado, en una manera más singular e intensa, a la familia, en perjuicio de su promoción personal y profesional».
- Voto particular de Ferrandiz Gabriel y Roca Trías: «Pensamos que, en ciertos casos, pueden aplicarse –a la ruptura de las uniones de hecho– reglas relativas a los efectos de la ruptura matrimonial y, más concretamente, las que regulan el derecho a una pensión compensatoria, sin necesidad de utilizar las reglas del enriquecimiento injustificado, que no siempre será el remedio más adecuado para solucionar el problema... Podría aplicarse a la

17. «El punto de partida estaría en el ineludible respeto al principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales, que resulta de los artículos 10.1 y 32 CE (RCL 1978, 2836; ApNDL 2875), como exigencia del libre desarrollo de la personalidad... Estas exigencias no se respetarían, si se admitiera que una de las formas de entender contraído el matrimonio fuera tácita...». GADIVIA SÁNCHEZ, Julio VICENTE, «Analogía entre matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales (la unión libre en la jurisprudencia)», revista *Aranzadi civil*, t. 11, v. 1 (2002), p. 2355.



ruptura de la pareja de hecho, por analogía, el régimen previsto para el matrimonio en el artículo 97 del Código civil; el enriquecimiento injustificado, en cambio, requiere un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro... Por ello, discrepamos respetuosamente de la argumentación contenida en la sentencia, que podría inducir a la interpretación de que esta Sala usa como términos equiparables la compensación y el enriquecimiento injustificado».

Rogel Vide, por su parte critica a sentencia del TS en los siguientes términos: «me parece rotundamente criticable, amén de trasnochado, de la Sentencia es la afirmación de que *la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio*, por ser contraria, ésta, al sentir manifestado por el Tribunal Supremo, y por el Constitucional también y teniendo a la vista el artículo 39 del texto constitucional, en diversas ocasiones, señaladas –valga por caso– en la Sentencia del dicho Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001, Sentencia que, por su parte, nos recuerda, muy pedagógica, que los propios emperadores cristianos se preocuparon de la aproximación del concubinato al matrimonio<sup>18</sup>, concubinato que deviene, con Justiniano, una unión conyugal de inferior categoría»<sup>19</sup>.

Volviendo al régimen legal, se puede concluir que existen cuatro maneras distintas de organizar la vida en común o la familia: el matrimonio (sea heterosexual u homosexual), la pareja de hecho inscrita y que se acoge a la regulación de cada Comunidad Autónoma<sup>20</sup>, la pareja de hecho que se acoge a lo acordado entre ellos en un convenio, y la pareja de hecho que no se acoge al régimen de pareja de hecho de una Comunidad Autónoma y no suscribe un contrato pero que, pese a ello, no está exenta de efectos civiles, no es ajurídica, y por supuesto tampoco antijurídica.

En otro orden de cosas, uno de los problemas más complejos que acontece llegado el momento de la crisis de la pareja estable es el de la prueba de su existencia<sup>21</sup>. La STS de 18 de mayo de 1992 estableció que «la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen convivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar».

---

18. Este argumento se extrae de la STS de 5 de julio de 2001, que en este sentido afirma: «Ciertamente que la precedente regulación por el Derecho Romano no llegó a una normativa del *concubinatus*, o unión no matrimonial estable, a la que faltaba no obstante la *affectio maritalis*, si bien los emperadores cristianos se preocuparon de su aproximación al matrimonio con la exigencia de la monogamia y la prohibición del parentesco y de la afinidad y llega a trocarse con Justiniano en una unión conyugal de inferior categoría».

19. ROGEL VIDE, Carlos, *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Reus (Madrid, 2012), p. 49.

20. Hay que advertir que el hecho de que una unión estable sea inscrita de acuerdo a la regulación de alguna Comunidad Autónoma no excluye en dicha pareja la aplicación, sino de la legislación estatal sobre el tema, que no la hay, al menos de carácter global, de la doctrina del TS, que ha establecido parámetros en determinadas cuestiones, como es el de la consideración misma de la existencia de la pareja.

21. Y en el caso concreto de la STS de 2015 que se analiza en este trabajo cobra vital importancia. En este sentido, es interesante el trabajo de BADAJÍ GÁLVEZ, María Dolores, «La prueba de la convivencia en las uniones de hecho (especial referencia a la legislación catalana: parejas de hecho)», en *La prueba judicial: Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativa*, 1ª ed., La Ley (Madrid, 2011), pp. 1167-1184.

### III. PENSIÓN O INDEMNIZACIÓN POR DESEQUILIBRIO EN LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA

Desde hace tiempo viene aplicándose, con determinados requisitos, la compensación que establece el art. 97 del Código Civil a favor del cónyuge que queda en desequilibrio tras la separación o el divorcio a las uniones estables de pareja, cuando éstas se rompen, y basándose, normalmente, en la teoría del enriquecimiento injusto por aplicación de la consabida doctrina del Tribunal Supremo. Y con esta afirmación me refiero en cuanto al fondo de la cuestión, en lo que realmente subyace cuando se concede una pensión al miembro desfavorecido tras la ruptura, dado que formalmente se adjudica en base a la consabida *analogía iuris* admitiendo la doctrina ya mencionada del Tribunal Supremo.

La atribución de una compensación al miembro de la pareja de hecho que queda desfavorecido tras la ruptura se ha fundamentado en momentos distintos en figuras jurídicas distintas. Así, las líneas más destacadas son las que la fundamentan en el enriquecimiento sin causa<sup>22</sup>, en la aplicación analógica del art. 97 del Código Civil directamente, en algunos casos, e incluso en la responsabilidad extracontractual, entre otras. Pero, en realidad, siempre se trata de una compensación como tal y exactamente igual que la establecida en el art. 97 del Código Civil.

En cualquier caso, lo cierto es que cuando uno de los miembros de la unión queda desfavorecido porque ha sacrificado o perjudicado su carrera o su profesión para atender a su pareja e incluso a los hijos de ambos y al cuidado del hogar, tal como si se tratara de un cónyuge, al llegar la crisis de pareja no puede dejársele desamparado, siendo precisamente ésta, la crisis de la unión, el momento en que se hace más precisa una regulación al respecto<sup>23</sup>, dado que, discusiones teóricas aparte, la pareja se ha guiado como un matrimonio, ha repartido las tareas y funciones de trabajo y cuidado del hogar, y aquel que queda ahora sin sustento (cuestiones de liquidación patrimonial aparte), por no poder proporcionárselo, y que ha sufrido un evidente coste de oportunidad, no puede quedarse desamparado sin más por una rigurosa apli-

---

22. La figura del enriquecimiento injusto, así como la de la responsabilidad extracontractual (STS de 9 de abril de 1979, SAP de Zaragoza de 25 de febrero de 1991 y SAP de Asturias de 22 de junio de 1994) también ha sido utilizada por la jurisprudencia para fundamentar la liquidación del patrimonio de la pareja cuando ésta se rompe, dado que es unánime la jurisprudencia en que no se puede aplicar la regulación del régimen económico matrimonial, pero existiendo en la mayoría de los casos bienes que se han adquirido para ambos. Aunque en este trabajo no abordaré el problema de la liquidación patrimonial, debe señalarse que, respecto de la responsabilidad extracontractual, ésta tiene muy escasa aplicación por cuanto comporta la existencia de dolo o culpa, cosa que no habrá casi nunca, y que otras figuras en que se han basado los tribunales para dar solución a este problema han sido la de la comunidad de bienes (SAP de Barcelona de 6 de junio de 1989, SAP de Barcelona de 15 de noviembre de 1990, SAP de Oviedo de 21 de enero de 1992, SAP de Oviedo de 10 de abril de 1992 y SAP de Granada de 28 de junio de 1993) y la de la sociedad irregular (STS de 18 de mayo de 1992 y SAP de Granada de 4 de abril de 1990). Es de destacar lo dispuesto en Francia para el *pacto civil de solidaridad*, en el que existe una presunción *iuris tantum* de que los bienes adquiridos con posterioridad al pacto y a título oneroso pertenecen ambos por mitad, pero no como masa común, sino a la romana. En tales pactos no se deduce la existencia de un régimen económico salvo por lo que respecta al ajuar doméstico. Cfr. RAMS ALBESA, Joaquín, «Perspectivas legislativas sobre las uniones estables de pareja», en *Las uniones estables de pareja*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial (1-2003), p. 114.

23. Cfr. GARCÍA RUBIO, M. Paz, *Alimentos entre cónyuges...*, op. cit., p. 209.

cación del Derecho, que en absoluto haría Justicia. Dice en este sentido la SAP de Palencia de 2 de mayo de 2000 que «cuando se produce la ruptura de la convivencia *more uxorio* y existen hijos comunes se produce una problemática absolutamente similar a la de una crisis matrimonial por lo que a estos respecta, precisándose de regular tanto la titularidad y ejercicio de la patria potestad cuanto quien ostentará la guarda y custodia de los menores, el régimen de visitas sobre los mismos a favor del progenitor con quien no convivan, dónde han de residir y a quién debe atribuirse el uso de la vivienda familiar, la contribución a su alimentación y educación, etc.».

La sentencia que sentó la base de la aplicación del enriquecimiento injusto a la indemnización que debía pagarse al miembro desfavorecido por la crisis de la unión de hecho fue la STS de 11 de diciembre de 1992, que señala: «Una reiterada doctrina jurisprudencial –de la que es muestra, como más reciente, la sentencia de 31 de marzo de 1992– tiene declarado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) Aumento del patrimonio del enriquecido; b) Correlativo empobrecimiento del actor; c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento; y d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio<sup>24</sup>. Se ha declarado también que para la operatividad del enriquecimiento injusto basta que se ocasionen unas ganancias, ventajas patrimoniales o beneficios sin un derecho que los apoye o advere, con derivado empobrecimiento o minoración patrimonial o de utilidades en la otra parte afectada (S<sup>a</sup> de 6 de Febrero de 1992). En cuanto al primer requisito, ha de reconocerse cómo, en principio, el aumento patrimonial obtenido por el Sr. Daniel durante los años de convivencia con la Sra. Marcelina se debió fundamentalmente a su propia actividad, pero es igualmente cierto que de los hechos declarados probados en la sentencia, según lo antes transcrito, se infiere que la colaboración prestada por la Sra. Marcelina hubo de ser determinante, al menos en parte, de la consecución de aquél y, por ello, ha de afirmarse que concurre la exigencia jurisprudencial referente al aumento patrimonial. El empobrecimiento de la actora deriva de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado y en la atención doméstica del mismo, con lo que se cumple el requisito b) de los antes enunciados, ya que no ofrece duda la correlación entre la prestación de sus cuidados y trabajo por la Sra. Marcelina y el beneficio reportado al Sr. Daniel. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado, al menos en la parte apreciada por el Tribunal *a quo*, 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 Sra. Marcelina. Es evidente, por último, que no existe precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa; de todo lo cual se sigue el decaimiento del motivo estudiado... Se ampara el sexto motivo del recurso en el núm. 4º del art. 1692, en su redacción anterior a la Reforma de 30 de Abril de 1992, y el error en la apreciación de la prueba denunciado se refiere a que la Sala de instancia admitió el *empeoramiento* producido a la demandante a consecuencia de

---

24. Cabe añadir a esto como cuarto requisito el de la existencia de nexo causal entre el empobrecimiento de uno y el enriquecimiento del otro (STS de 19 de diciembre de 1996).

la ruptura de la convivencia estable extramatrimonial; como documentos en que se basa la equivocación imputada a dicha Sala se señalan los que reflejan adquisiciones realizadas por la Sra. Marcelina durante su convivencia extramatrimonial con el demandado así como los expresivos de los ingresos profesionales de aquélla. Ya se ha dicho que el *empeoramiento* de que se trata no es lo determinante de la indemnización y, por tanto, fundándose ésta suficientemente en cuanto se ha razonado antes en relación con el enriquecimiento sin causa, deviene irrelevante aquél, debiendo advertirse, además, que en la sentencia impugnada no se niega que los ingresos de ambas partes se incrementaran progresivamente durante los años de convivencia, hecho que no desvirtúa los presupuestos de aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto en los términos que se han expuesto. Ha de perecer, por tanto, también este motivo»<sup>25</sup>.

García Rubio cuestiona el planteamiento de la sentencia citada, dado que, según dice, será discutible la aplicación del enriquecimiento sin causa cuando se trate, por el contrario del caso contemplado en la sentencia, la colaboración de uno de los miembros en el cuidado de la casa, de los hijos, y de las relaciones sociales del otro. Y dice que «la acción de enriquecimiento sin causa en favor de uno de los miembros de la pareja de hecho sólo existirá en caso de *sobrecontribución* del mismo al régimen contributivo conjunto, si bien porque la no remuneración de su trabajo excedente redunde en provecho del patrimonio del otro, bien porque, no tratándose en puridad de un trabajo *excedente*, el otro miembro incumple aquel deber *moral* que también le incumbe»<sup>26</sup>.

#### IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE DICIEMBRE DE 2015

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015 vuelve a cuestionar el fundamento jurídico de la no aplicación por *analogía legis* del art. 97 del Código Civil a las uniones de hecho. Y lo hace porque, a pesar de la doctrina ya comentada del Tribunal, por un lado, tiene en cuenta el tiempo anterior al matrimonio para incluirlo en la duración total de la convivencia y dilucidar con ello si existe derecho al cobro de la pensión y, por otro, calcula la cuantía de la pensión compensatoria por divorcio y su duración temporal teniendo en cuenta el tiempo de convivencia anterior al matrimonio, estableciendo que «La sentencia recurrida sostiene que el artículo 97 del Código Civil es exclusivamente aplicable al matrimonio y no, por razón de analogía, al período de convivencia prenupcial. No obstante, afirma que cuando la convivencia *more uxorio* sea inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio, tal circunstancia puede ser relevante y no cabe negarle virtualidad para valorar la existencia o no de desequilibrio y, en su caso, cuantía y temporalidad de la pensión»<sup>27</sup>.

En el recurso que resolvía la Sala la cuestión se torna fundamental dado el escaso tiempo que duró el matrimonio (catorce meses) y el que duró la convivencia anterior al matrimonio (cinco años) y dado lo establecido por el art. 97 del Código Civil:

25. En este sentido también, por ejemplo, la SAP de Gerona de 15 de diciembre de 1999.

26. GARCÍA RUBIO, M. PAZ, *Alimentos entre cónyuges...*, op. cit., pp. 212-214.

27. Fundamento de Derecho Tercero, segundo párrafo.

«... A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: ... La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal...».

La Sentencia, a pesar de volver a argumentar la marcada diferenciación jurídica entre la unión de hecho y el matrimonio, se contradice, a mi entender, a sí misma y a la doctrina anterior del Tribunal. De haber *respetado* lo anterior y reiteradamente establecido por el Tribunal Supremo habría diferenciado dos momentos distintos: un primer período de convivencia, para el que podría haber calculado una indemnización en base al enriquecimiento injusto, y una segunda etapa, ésta ya sí matrimonial, para la cual podría haber adjudicado en su caso pensión compensatoria.

Cierto es que el resultado fáctico sería el mismo, pero también lo es que con ello no habría vuelto a generar la inseguridad jurídica que sin duda ha vuelto a crear en torno a la ruptura de la convivencia en las uniones de hecho. Así, el Tribunal dice que «Por tanto la interrogante, según ya se ha afirmado, se contrae a decidir si a la hora de indagar sobre la existencia de desequilibrio y, en su caso, cuantificación y temporalidad de la pensión, será circunstancia digna de valoración y de ser tenida en cuenta la etapa prenupcial de convivencia *more uxorio*, que sin solución de continuidad enlaza con el posterior matrimonio»<sup>28</sup>.

Los problemas jurídicos que plantea la Sentencia comentada de cara al futuro son cuantiosos, pues la misma puede aplicarse a todo el espectro de circunstancias que acontecen en una disolución matrimonial cuando previamente, como en el caso de la Sentencia, ha existido convivencia: liquidación patrimonial, pensión de alimentos (en caso de separación de hecho del matrimonio), presunción de paternidad de los hijos, etc.

Particularmente, en cuanto a la liquidación del patrimonio común, a la que la jurisprudencia viene aplicando analógicamente la comunidad de bienes, la Sentencia es especialmente relevante, pues podríamos llegar a considerar que *será circunstancia digna de valoración y de ser tenida en cuenta la etapa prenupcial de convivencia more uxorio, que sin solución de continuidad enlaza con el posterior matrimonio* para establecer el comienzo del régimen económico matrimonial.

## V. CONCLUSIÓN

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015 (Núm. Sentencia 713/2015, núm. Recurso 1888/2015) ha vuelto a generar la temida inseguridad jurídica en relación a la difusa distinción entre las uniones *more uxorio* y las matrimoniales, teniendo en cuenta el tiempo de convivencia anterior al matrimonio para dilucidar la existencia del derecho al cobro de la pensión compensatoria, su cuantía y extensión temporal, contradiciendo con ello la anterior doctrina del Tribunal de la que es referente la STS de 12 de septiembre de 2005. Con ello, no sólo genera dudas de nuevo en cuanto a la pensión compensatoria sino también sobre todo el abanico de circunstancias derivadas de la ruptura matrimonial cuando ha existido

---

28. Fundamento de Derecho Cuarto, cuarto punto.

previa convivencia y sin *solución de continuidad*, especialmente en lo que respecta a la liquidación del patrimonio común.

El Tribunal debería, para no volver a generar dicha inseguridad, haber distinguido dos momentos distintos de la convivencia total: un primer período de convivencia, para el que podría haber calculado una indemnización en base al enriquecimiento injusto, y una segunda etapa, ésta ya sí matrimonial, para la cual podría haber adjudicado en su caso pensión compensatoria.

Con ello, habría seguido dejando clara la diferenciación entre ambas figuras, como ya estableció el mismo Tribunal zanjando la cuestión.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BADAJÍ GÁLVEZ, M. D., «La prueba de la convivencia en las uniones de hecho (especial referencia a la legislación catalana: parejas de hecho)», en *La prueba judicial: Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativo*, 1.<sup>a</sup> ed., La Ley, Las Rozas, Madrid, 2011, pp. 1167-1184.
- GADIVIA SÁNCHEZ, J. V., «Analogía entre matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales (la unión libre en la jurisprudencia)», revista *Aranzadi civil*, t. 11, v. 1 (2002), pp. 2355-1418.
- GARCÍA RUBIO, M. P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, 1.<sup>a</sup> ed., Civitas, 1995.
- GINEBRA MOLINS, M. E., «El matrimonio y las uniones de hecho: una aproximación desde el derecho español», en *Familia y discapacidad*, 1.<sup>a</sup> ed., Reus, Madrid, 2010, pp. 113-164.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, IV, Familia*, 4.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, J., Dykinson, 2010.
- PÉREZ UREÑA, A. A., *Normativa sobre uniones de hecho: cuestiones candentes*, Edisofer, Madrid, 2002.
- ROGEL VIDE, C., *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Reus, Madrid, 2012.