

I. UNIONES DE HECHO

José Manuel Marco Cos.
Magistrado Presidente de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón.
Profesor Asociado de la Universidad Jaime I de Castellón (España).

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Concepto. 3. Recepción de la unión de hecho en el Derecho Salvadoreño. 4. Declaración de existencia de la unión. 5. La unión de hecho en armonía: a) régimen económico y cargas familiares, b) vivienda, c) hijos, d) derecho sucesorio, e) cualidad de perjudicado, f) la norma de cierre. 6. Crisis de la unión de hecho. Consecuencias: a) medidas de protección, b) medidas cautelares, c) disolución del régimen económico, d) vivienda, e) hijos, f) alimentos, g) pensión compensatoria. 7. Régimen de la unión de hecho no regulada en el Código de Familia.

1. Introducción

El Derecho no puede permanecer de espaldas a parcelas importantes de la realidad y de las relaciones sociales, que tienen además una manifiesta trascendencia jurídica, como son las uniones de hecho, denominadas de varios modos por doctrina y jurisprudencia ("unión de hecho", "unión libre", "relación extramatrimonial", "convivencia extramatrimonial", "convivencia more uxorio", "unión estable de hecho", "convivencia marital", "familia no matrimonial", "familia de hecho", "familia natural", "familia paralela", "unidad de convivencia estable", etc.)

Si bien esta pluralidad de denominaciones tiene un denominador común, cual es la referencia a una relación convivencial entre dos personas, en ocasiones carente de regulación legal sobre su existencia y los efectos personales y económicos o patrimoniales entre los propios convivientes y respecto a terceros, abarca situaciones muy diversas merecedoras de distinto trato. Junto a la unión de hecho heterosexual de un hombre y una mujer que no tienen impedimento alguno para contraer matrimonio, nos encontramos con la de quienes no pueden contraerlo en derecho aunque quieran, como ocurre con los homosexuales y los ligados por vínculos de parentesco, respecto a los que se suscita ya la primera cuestión de si su relación debe ser objeto

de regulación por la ley¹.

Mientras en unos ordenamientos jurídicos existe una regulación institucionalizada de las uniones de hecho, en otros está pendiente la asunción ordenada de dicha realidad y tan sólo se cuenta con menciones aisladas o con una disciplina fragmentaria².

Al abordar la cuestión relativa a las normas que afrontan la realidad de las uniones de hecho e intentan su regulación, siquiera en forma parcial, cabe establecer una distinción:

a. De un lado estarían aquellas normas cuyo objeto específico de regulación jurídica es la relación entre un hombre y una mujer que conviven, en sí misma considerada: las que podríamos llamar normas de Derecho matrimonial y de familia.

b. De otro lado estarían las normas que no tratan de regular en cuanto tal la relación de convivencia entre un hombre y una mujer, sino un tema completamente diferente (responsabilidad por daños, arrendamientos...); pero en cuyos supuestos de hecho tal relación aparece o puede aparecer como elemento o dato relevante. En las primeras, los aspectos personales y patrimoniales específicos de la relación de convivencia son el objeto de la regulación. En las segundas, la relación de convivencia no es sino un dato del que la norma "toma nota", por así decirlo, como uno de los presupuestos de su aplicación.

Es únicamente en este segundo grupo de preceptos en el que para algún autor se impone, en línea de principio, la plena equiparación entre uniones matrimoniales y uniones libres. Otorgar al compañero o compañera indemnización por causa de muerte; reconocerle en ese caso los derechos sociales correspondientes o el derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento del piso en que convivían; tomar en cuenta la convivencia *more uxorio* en la agravante/atenuante de

1. BUSTOS GÓMEZ RICO, M: "Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros", ponencia en el Seminario sobre Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho. Consejo General del Poder Judicial. CDF 972003. Madrid 1997.

2. En España falta una regulación integral por el ordenamiento estatal de las uniones de hecho, sin perjuicio de algunas menciones aisladas a dicha situación fáctica y de su regulación por algunas Comunidades Autónomas. En cuanto a la posibilidad de uniones entre parejas del mismo sexo, la exclusión de la posibilidad legal de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo deriva del Art. 32 de la Constitución Española ("El hombre y la mujer tiene derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica"), así como del Art. 44 del Código Civil ("El hombre y la mujer tiene derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de éste Código"). Prohibición que la jurisprudencia del Tribunal Supremo -sentencias de 2 de julio de 1987, 8 de julio de 1988 y 3 de marzo de 1989, entre otras- extiende a los transexuales, pues aunque se les permite y reconoce la facultad de hacer constar en el Registro Civil tal característica, no gozan de otra posibilidad para obtener el reconocimiento jurídico de su estado y la regulación de los efectos que se producen en sus relaciones internas y externas que la que dimana de un nueva Ley que, de modo genérico o específico acorde a sus especiales circunstancias y características, prevea y norme su estado.

parentesco o como causa de exclusión de la pena por encubrimiento; eximir a un miembro de la pareja no casada de la obligación de declarar en contra del otro... En ninguno de estos casos puede hablarse propiamente de una asimilación entre parejas casadas y no casadas que conlleve un serio debilitamiento de la familia matrimonial o que pugne contra el principio de "libertad individual de elección" entre modelos alternativos de convivencia³.

2. Concepto

Podemos definir la unión de hecho, siguiendo a la doctrina, como la "unión duradera, exclusiva y estable entre dos personas de sexo diferente y de capacidad suficiente, que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos"⁴.

Por la mayoría de la doctrina se consideran elementos o requisitos esenciales de la unión de hecho para que puedan producir efectos jurídicos los siguientes: a) la heterosexualidad, b) la capacidad de los sujetos (que para unos debe coincidir con la exigida para contraer matrimonio, mientras que para otros debe ser la precisa para contratar), c) la relación sexual monogámica (que para algunos incluye la procreación), d) la voluntad continua o afectiva, e) la comunidad de vida estable y duradera desarrollada en un único domicilio, f) la notoriedad (excluyente de las relaciones ocultas y secretas), g) la ausencia de toda formalidad como presupuesto de validez (lo que no impide la existencia de pactos escritos regulando las relaciones entre los convivientes y sus efectos).

El Tribunal Constitucional español, en la sentencia 47/1993, de 8 de febrero, considera que a los fines de la protección constitucional de quien conviven "more uxorio" es suficiente la existencia de una unión de hecho, afectiva y estable de una pareja constituida voluntariamente, cualesquiera que sean las circunstancias o motivaciones que han podido determinar la constitución como el mantenimiento de esa unión no matrimonial.

Por su parte, la Sala Civil del Tribunal Supremo español, en la sentencia de 18 de mayo de 1992 señala que "La convivencia more uxorio ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años,

3. PANTALEÓN PRIETO, F.: "La autoregulación de la unión libre". Revista del Poder Judicial, nº 4. Madrid 1986.

4. ESTRADA ALONSO, Eduardo: "Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español", 2ª edic., Civitas, Madrid, 1991.

practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines en el núcleo de un mismo hogar".

El concepto de unión de hecho se da normalmente por exclusión del concepto del matrimonio. Se piensa en un matrimonio sin constitución legal. Pero no se puede dar un concepto y una calificación jurídica per relationem y por exclusión. Ante todo, hay que distinguir un concepto estricto y un concepto amplio de la unión de hecho⁵.

El concepto estricto de la unión de hecho es el que recuerda el matrimonio en el modo de comportarse como unión "paramatrimonial", como "matrimonio de hecho". En este sentido estricto se define como la unión de un hombre y una mujer, sin necesidad de formalidades en su constitución, que se manifiesta externamente y que conforma una comunidad de vida, continuada y estable, en un mismo hogar.

El concepto amplio de unión de hecho no tiene que limitarse a la similitud con el matrimonio. No puede perderse de vista que no se plantea su regulación positiva, sino la previsión de sus efectos: es un hecho, que si se da no puede obviarse, y hay unos efectos, que no pueden ignorarse. Así, el concepto amplio se concreta en una convivencia y, respecto al matrimonio, se puede ampliar en tres frentes: (1.º) el sexo, (2.º) la unidad y (3.º) el parentesco. (1.º) La unión de hecho puede ser heterosexual o también homosexual (esta doble posibilidad la contempla la actual Ley de Arrendamientos Urbanos española de 24 de noviembre de 1994, en diversos artículos que se refieren a la convivencia "de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual", pero solamente para reconocer determinados derechos arrendaticios). (2.º) La unión de hecho puede ser o no monógama; puede darse el hecho de convivencia de un hombre y una mujer (o bien, hombre-hombre, mujer-mujer) y también de un hombre con varias mujeres o una mujer con varios hombres (o bien, hombre-hombres, mujer-mujeres). (3.º) La unión de hecho puede darse también entre personas parientes, en cualquier grado, entre sí; si se da el hecho de la convivencia de hermano con su hermana, por ejemplo, el Derecho no puede ignorar efectos jurídicos que se produzcan, como hijos que hubiere, perjuicio que pudiera sufrir uno de ellos por el abandono por el otro, etc.

La unión de hecho, en sí misma considerada, no siempre ha

5. O'Callaghan Miño, J.: "Concepto y calificación jurídica de las uniones de hecho". Ponencia en el Seminario sobre Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho (CDJ 972001). Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1997.

estado prevista expresa y orgánicamente por el ordenamiento. Desde esta perspectiva, ha sido ajurídica, pero no antijurídica. Ha podido carecer de normativa legal, pero, como hecho jurídico, ha producido o ha podido producir una serie de efectos (relaciones personales, intereses económicos y filiación) con trascendencia jurídica y, como tales y aun no pensados para cada supuesto, han sido regulados por el Derecho.

3. Recepción de la unión de hecho en el Derecho Salvadoreño.

En el Derecho salvadoreño se recoge la realidad social evidente que constituyen las uniones de hecho, cuya recepción normativa es notablemente amplia⁶. Ello hace en gran medida innecesario el recurso a la analogía para procurar la aplicación a esta situación de las normas reguladoras del derecho de familia, a diferencia de lo que sucede en otros regímenes en que carecen de regulación o la misma es fragmentaria.

a. La Constitución garantiza la protección de la familia por parte del Estado, sin que la falta de matrimonio afecta a los derechos que se establezcan a favor de aquella (Art. 32) y prevé la regulación de las “relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer” (Art. 33), con lo que viene a definir el ámbito de la unión de hecho como la de carácter heterosexual, por lo menos en la forma contemplada por el ordenamiento jurídico, que coincide con el que antes hemos visto es el concepto estricto.

En el mismo sentido, se asegura la protección de “todo menor” (Art. 34) y la igualdad de derechos de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio (Art. 36).

b2. Como no podía ser menos, la más completa y amplia regulación de la institución se encuentra en el Código de Familia, al incluir en el concepto de familia la unión no matrimonial (Art. 2) que, por lo tanto, es beneficiaria de la acción protectora del Estado (Art. 3).

Puede entenderse que los artículos 8 y 9 CF son normas de cierre, en la medida en que permiten la proyección sobre la unión no

6. Con referencia al derecho comparado latinoamericano y sin pretensión de exhaustividad, puede citarse la Ley panameña de 12 de diciembre de 1956, que convierte la unión libre, con diez años de duración, en matrimonio, después de llevar a cabo un pequeño trámite tras el cual se inscribe el peculiar matrimonio en el Registro del Estado civil con todas las consecuencias jurídicas del matrimonio civil. La Carta Mígra boliviana de 24 de noviembre de 1945 regula como matrimonio diferente al civil, el matrimonio de hecho, que comienza a producir efectos a los dos años de duración. De igual manera se contempla en el Código de Familia Boliviano. En Nicaragua, la Constitución de 1995 declara la protección por el Estado del matrimonio y de la unión de hecho estable. Coincide con el Art. 12.2 CPPerál en la medida en que el conviviente del fallecido a causa de un hecho delictivo es considerado víctima.

matrimonial de la normativa global sobre derecho de familia. En este sentido, el artículo 8 dispone que “La interpretación y aplicación de las disposiciones de este Código deberán hacerse en armonía con sus principios rectores y con los principios generales del Derecho de Familia, en la forma que mejor garantice la eficacia de los derechos establecidos en la Constitución de la República y en los tratados y convenciones internacionales ratificados por El Salvador”. Y dice el artículo 9 CF que “Los casos no previstos en el presente Código se resolverán con base en lo dispuesto por el mismo para situaciones análogas; cuando no sea posible determinar de tal manera el derecho aplicable, podrá recurrirse a lo dispuesto en otras leyes, pero atendiendo siempre a la naturaleza del Derecho de Familia; en defecto de éstas, el asunto se resolverá considerando los principios del Derecho Familiar y a falta de éstos, en razones de buen sentido y equidad”. La aplicación de estos preceptos podría hacer posible la extensión a la disciplina legal de las uniones de hecho de toda la normativa de derecho de familia que les sea susceptible de aplicación.

Es destacable que el Código de Familia dedique una parte ordenada de su articulado a la regulación expresa de la unión no matrimonial, de la que su artículo 118 ofrece una definición legal, al decir que “es la constituida por un hombre y una mujer que sin impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hicieren vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria, por un período de tres o más años”. Se caracteriza, por lo tanto, por ser heterosexual, estable (lo que se quiere acreditar por el requisito de temporalidad, que se fija en tres años), monógama y notoria.

En los artículos 128 al 125 se detalla su disciplina legal: el régimen económico y cargas familiares (Art. 119), la protección de la vivienda (Art. 120), los derechos sucesorios (Art. 121) y la consideración del conviviente como perjudicado (Art. 122), así como las consecuencias del cese (Art. 124) y otros aspectos de orden procesal (Arts. 123 y 125).

Además de esta regulación integral, el mismo CF es sensible a la existencia de esta realidad, en derecho salvadoreño no sólo social, sino también legal e institucionalizada. Así, la tiene en cuenta al definir la relación de parentesco (Art. 129) y establecer que su régimen legal no ha de contradecir lo previsto en otras normas sobre las uniones de hecho (Art. 126).

Pueden citarse otras menciones aisladas. La convivencia no matrimonial se tiene en cuenta en las prohibiciones al tutor (Art. 325.3 CF) y en las inhabilidades para el desempeño del cargo (Art. 301.6 CF).

c. La Ley contra la Violencia Intrafamiliar considera que son de carácter familiar, a los fines de su aplicación, las relaciones entre convivientes e incluso entre quienes lo fueron y ya no lo son (Art. 1).

d. Como no podía ser menos, una vez que el derecho material se muestra sensible a la existencia de la unión de hecho y la dota de realidad jurídica, la Ley Procesal de Familia, se ocupa de las vertientes procedimentales de la declaratoria de unión no matrimonial (Arts. 126 y 127 y Art. 205) y de varios aspectos referentes a las situaciones de crisis de la unión (Arts. 128 y 129 LPF).

e. En un ámbito normativo diferente al estrictamente familiar, la Ley de Inquilinato permite la subrogación en la relación arrendaticia del compañero de vida del titular de la misma al fallecimiento de éste (Art. 27).

f. Fuera del marco civil y ya en el estrictamente punitivo, el Código Penal es pródigo en referencias a la unión no matrimonial. La tiene en cuenta, en la parte general, en la circunstancia atenuante de arrebató (Art. 29.3), en la ambivalente del artículo 31 CP, en la suspensión condicional de la ejecución de la pena (Art. 78). Por lo que respecta a la parte especial, es susceptible de dar lugar en determinados casos a la agravación específica de delitos contra la libertad sexual (Arts. 162.1, 168.4). Y constituye excusa absolutoria en el delito de falso testimonio (Art. 305, párrafo último) y en el encubrimiento (Art. 308 CP).

g. En el mismo ámbito penal, el Código Procesal Penal tiene en cuenta la existencia de relación afectiva de hecho similar a la matrimonial al regular la consideración de víctima (Art.12.2), los impedimentos que afectan al juez (Art. 73, apartados 2, 3, 5, 6, 7 y 11), el nombramiento de defensor del imputado (Art. 107), la dispensa de testificar (Art. 186) y el interrogatorio del testigo (Art. 191) y del imputado (Art. 260), las prohibiciones de denunciar (Art. 232), la dispensa de la obligación de denunciar los delitos de acción pública (Art. 232) y la legitimación para promover el proceso de revisión de sentencia firme (Art. 432.3).

Pese a todo, la misma ley que reconoce su existencia y la eleva al rango de institución jurídica se cuida de diferenciarla de la que se ha venido considerando el núcleo básico de la familia, como es el matrimonio. En este sentido, obsérvese que, aunque el inciso último del artículo 32 de la Constitución diga que la falta de matrimonio “no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia”, antes ha dicho el segundo párrafo del mismo precepto que “El fundamento legal de la familia es el matrimonio”. Y, si bien dispone

el artículo 2 CF que la familia está constituida (además de por el matrimonio) por la unión no matrimonial, también establece el artículo 7 CF que “El Estado fomentará el matrimonio”. En definitiva, tan cierto es que se reconoce y se dota de rango institucional a las uniones de hecho que se ajustan a las características del artículo 118 CF, como que sigue siendo distinto el rango del matrimonio, al que no se equiparan aquellas, por más que se reconozcan a su favor determinados derechos.

Al tratar el régimen jurídico de la unión de hecho debemos diferenciar dos situaciones muy distintas, pues no puede ser la disciplina legal la misma cuando la unión de hecho existe como una realidad jurídica sustentada, al menos aparentemente, en el afecto de sus miembros, que en el momento en que aquella entra en crisis y queda abocada a su desaparición como tal.

4. Declaración de existencia de la unión.

Dispone el Art. 123 CF en su primer párrafo que para el goce de los derechos que confiere la unión no matrimonial se requiere declaración previa de su existencia y que procederá ésta al acaecer el fallecimiento de uno de sus integrantes o la ruptura.

Aunque pudiera parecer que esta constatación judicial de la existencia de la unión ha de tener lugar precisamente cuando la misma ya no existe como tal, la lectura del resto del precepto, en relación con otros integrados en la disciplina legal del régimen familiar, muestra que no es así y que dicha declaración puede tener también lugar cuando la unión permanece, esto es, se mantiene en armonía.

En este sentido, vemos que ya el mismo Art. 123 CF dice en su segundo párrafo que siempre que se requiera acreditar la calidad de conviviente, para el ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en el mismo cuerpo legal, deberá la misma declararse judicialmente. En la misma línea, también el artículo 205 LPF contempla la solicitud de declaratoria de la unión presentada conjuntamente por los dos convivientes para el ejercicio de un derecho reconocido en el Código de Familia

También es claro el artículo 127 LPF cuando, en sede de regulación de la declaratoria de la unión no matrimonial, establece que la petición para acreditar la calidad de conviviente a fin de hacer uso de los derechos que otorga el CF puede ser presentada por uno solo de los cónyuges durante la existencia de ese estado, lo que pone de manifiesto que para conseguir la declaración judicial no es necesario que se haya puesto fin a la unión por muerte de uno de sus integrantes o, simplemente, por la ruptura de la misma.

Abunda en esta posibilidad el artículo 120 CF cuando hace extensible a la unión de hecho la protección a la vivienda que proclama el artículo 46 CF, en muchas ocasiones (piénsese en desavenencias sobre la realización de determinado negocio jurídico sobre la vivienda familiar, o en la petición de uno de los convivientes de que se declare nulo el negocio realizado por el otro sin su consentimiento).

Finalmente, cuando el artículo 124 CF detalla los pronunciamientos que debe tener la sentencia que declare la unión acerca de su duración, hijos y otros extremos, se refiere expresamente a los supuestos del primer párrafo del artículo 123 CF (“en los casos del inciso primero del artículo precedente”, dice), que son los de muerte de uno de los miembros de la unión no matrimonial o ruptura de ésta, lo que viene a poner de manifiesto que puede tener lugar dicha declaratoria en supuestos que no sean los del inciso primero del artículo 123 CF y, en consecuencia, durante la existencia de la unión no matrimonial.

5. La unión de hecho en armonía.

El artículo 118 del Código de Familia, al que antes se ha hecho referencia, contiene una definición legal de la unión de hecho, o no matrimonial, como la denomina, al decir, en primer lugar, que es la constituida por un hombre y una mujer que hacen vida en común. A la vez, expone los requisitos sin los cuales no podremos hablar de unión no matrimonial en el sentido estrictamente legal, como son que la convivencia sea libre, en forma singular, continua, estable y notoria y finalmente, que dure tres años como mínimo, exigencia temporal que de algún modo garantiza el carácter estable de la unión.

a) Régimen económico y cargas familiares.

El régimen económico de la unión de hecho que contempla el Código de Familia es el de participación en ganancias, al que remite el artículo 119 CF.

Por lo tanto, serán de aplicación los artículos 51 al 61 CF. En suma, cada conviviente adquiere el derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro mientras dure la unión. La verificación de cuáles hayan sido tales ganancias y el grado concreto de participación se difieren al momento del cese de la relación, teniendo entre tanto cada uno la administración de sus bienes privativos, tanto de los que tuviera al inicio como de los que adquiriera vigente la relación (Art. 52 CF). Y si adquieren conjuntamente un bien, será de ambos en régimen de proindiviso o comunidad romana (Art. 53 CF).

En la misma línea de asimilar la unión de hecho al matrimonio, pues si así no fuera en los aspectos más importantes no se dispensaría la protección a la familia que el legislador proclama, el párrafo segundo del artículo 119 CF remite a lo que establece el artículo 38 CF en lo que respecta a los gastos de la familia. En consecuencia, los integrantes de la unión de hecho, al igual que los cónyuges, tienen la obligación de hacer frente a los gastos de la familia en proporción a sus recursos económicos. Y para el caso de que uno de los convivientes careciera de bienes, se considera que su contribución a tales gastos consiste en el trabajo en el hogar o en el cuidado de los hijos, actividades éstas que, por otra parte, tienen un indudable significado económico.

b) Hijos.

Es evidente que, por el firme propósito legal de protección de la familia y de los hijos (Arts. 32 al 34 de la Constitución), los hijos nacidos de la unión no matrimonial tienen los mismos derechos que los matrimoniales frente a su progenitor (Art. 36 Const.).

Por esta igualdad de trato, mientras la unión no matrimonial dure en armonía, sus integrantes ostentan respecto de sus hijos los derechos y deben hacer frente a las obligaciones de los artículos 206 y siguientes del Código de Familia, lo que no plantea problemas distintos a los que pueden darse en el matrimonio en lo relativo a las relaciones con los hijos.

c) Vivienda

Al igual que en otras vertientes a las que se acaba de hacer referencia, también en lo que respecta a la vivienda se hace extensible a la unión no matrimonial regulada en el Código de Familia la protección que el CF dispensa a la vivienda familiar que alberga al matrimonio.

Dispone por ello el artículo 120 CF que es aplicable al inmueble que sirve de habitación a los convivientes y a su familia lo que establece el artículo 46 CF. Por lo tanto, se requiere el consentimiento de los dos integrantes para la enajenación y constitución de derechos reales sobre el inmueble que constituya la vivienda familiar. En caso de desacuerdo, deberá decidir el juez, siempre atendiendo al bien de la familia.

d) Derecho sucesorio

Los miembros de la unión tienen respecto del otro integrante, los mismos derechos sucesorios que los cónyuges, tal como dispone el artículo 121 CF.

Deberá acudir, por lo tanto, a la disciplina legal contenida en los artículos 981 y siguientes del Código Civil (CC). Con arreglo a los artículos 988 y 989 CC, el conviviente es llamado a la sucesión intestada del otro en primer lugar, en igualdad con los hijos y los progenitores del causante fallecido, con quienes se habrá de repartir, por iguales cuotas, el caudal hereditario.

e) Cualidad de perjudicado

El artículo 122 CF reconoce al conviviente la condición de perjudicado en caso de muerte del otro. Con tal cualidad, tendrá derecho a reclamar del responsable civil del hecho dañoso la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que hubiera sufrido⁷.

Se trata de un reconocimiento legal tal vez excesivamente restringido, al quedar reservada aquella cualidad de perjudicado a los casos en que el daño provenga de la muerte del otro miembro de la unión no matrimonial.

Desde una perspectiva más flexible y acorde a la tutela que merece todo perjudicado por un hecho dañoso, podría llegarse a la conclusión de que el contenido del artículo 122 CF donde el conviviente que se sienta perjudicado por cualquier hecho dañoso que afecte directamente al otro, aunque no se trate de la muerte (piénsese en un accidente como consecuencia del cual uno de los miembros de la unidad no conyugal queda tetrapléjico, lo que supone un daño material y moral para el otro), pueda reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. La diferencia con el supuesto regulado en el artículo 122 CF consistirá en que, mientras en el caso de la muerte de uno de los integrantes la ley considera al otro perjudicado, a modo de presunción “iuris et de iure” y le define como tal, cuando el perjuicio no tenga su origen en la muerte, nada impide que el otro reclame la correspondiente indemnización al amparo de la normativa reguladora de la culpa extracontractual o por cuasidelito (Art. 2065, 2080 CC y, concordantes) o, si se trata de un hecho delictivo, amparándose en la responsabilidad civil derivada del delito (Arts. 114 ss. CP), si bien deberá acreditar suficientemente su condición de perjudicado, es decir, que ha sufrido un daño material o moral apreciable y susceptible de evaluación por los tribunales.

7. Coincide con el Art. 122 CP Penal en la medida en que el conviviente del fallecido a causa de un hecho delictivo es considerado víctima.

f) La norma de cierre

El artículo 126 CF es una verdadera norma de cierre en la disciplina legal de los derechos que se reconocen a favor de la unión de hecho o, más bien, de sus integrantes, al decir que “Lo dispuesto en el presente título debe entenderse sin perjuicio de lo que otras leyes establezcan a favor de los convivientes o compañeros de vida”.

Queda así abierta la posibilidad de que, atendiendo a lo que disponga normativa diferente a la del Código de Familia (seguridad social, pensiones, etc.), puedan los integrantes de una unión de hecho, aunque ni siquiera haya sido expresamente reconocida como tal mediante la correspondiente declaración judicial, disfrutar de los derechos que la tal normativa reconozca en su favor.

6. Crisis de la unión de hecho. Consecuencias.

Las crisis y, sobre todo, la ruptura de la unión no matrimonial, como la de la conyugal, producen una serie de consecuencias económicas y estrictamente personales, derivadas de forma directa e inevitable de la quiebra del afecto que condujo a dicha unión y del cese de la vida en común.

La ley prevé la mayoría de tales efectos. Lógicamente, no en todos los supuestos de crisis de la unión de hecho se dan todas las consecuencias legalmente previstas, lo que ya depende de las concretas circunstancias del caso.

Por otra parte, la producción de determinados efectos de la crisis no específicamente contemplados por la norma ya depende del criterio que se tenga acerca de la viabilidad de la aplicación analógica de la disciplina legal del matrimonio.

A) Medidas de protección

El mantenimiento de la unión es compatible con la producción de crisis, que no siempre han de ser definitivas y abocar a su ruptura.

En este ámbito puede tener lugar el que el artículo 129 de la Ley Procesal de Familia (LPF) denomina proceso por incumplimiento del deber de respeto entre cónyuges y convivientes, en el que el juez puede ordenar medidas de protección, cuya finalidad es la salvaguarda física y síquica de los afectados por la falta de respeto.

El artículo 130 LPF configura con notable amplitud las posibles medidas protectoras, que pueden proyectarse tanto sobre la conducta

personal del obligado por ellas, como sobre los hijos ó la vivienda familiar de la que puede ser expulsado el infractor.

Concretamente, dispone el artículo 130 LPF que, entre otros aspectos, la medida de protección puede incluir los siguientes: “a) La obligación de abstención de todo acto molesto, hostigante, persecutorio, intimidatorio, amenazante o cualquier otro que genere perjuicio físico o psíquico a cualquier miembro de la familia; b) El confiar provisionalmente el cuidado personal de los hijos a uno de los cónyuges, a ambos o a un tercero; c) La exclusión del hogar familiar del infractor, independientemente de los derechos reales o personales que tenga sobre el mismo; d) La obligación alimentaria y la determinación de su cuantía; e) La prohibición de ingerir bebidas alcohólicas, enervantes, estupefacientes, alucinógenos, o sustancias que generen dependencia física o psíquica; f) La prohibición de visitar el hogar familiar y lugares de trabajo o estudio u otros similares que frecuenten algún miembro del grupo familiar; g) La prohibición de disposición de los bienes que constituyen el menaje familiar y la obligación de restitución de los mismos; h) La obligación de cancelar los gastos de mudanza de la familia, si a ello hubiere lugar; i) La prestación de caución juratoria, obligándose a no incurrir en los mismos hechos; y, j) La asistencia obligatoria a programas educativos o terapéuticos.

B) Medidas cautelares

La crisis de la unión pueda dar lugar a que se decidan por el juez medidas cautelares.

Son de algún modo similares a las de protección pues, como éstas, pretenden la evitación de determinados perjuicios. Pero se diferencian en que su finalidad esencial es garantizar el objeto del proceso, asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria y preservar en definitiva al derecho a la tutela judicial, por lo que es carácter fundamental de las mismas la instrumentalidad respecto de la sentencia que pueda otorgar una concreta tutela y, por tanto, la accesoriedad y provisionalidad. Como consecuencia de ello, su adopción requiere, además de la dicha posibilidad de insatisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva por hechos que puedan producirse durante la pendencia del proceso (*periculum in mora*), la llamada apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), lo que requiere un examen indiciario de la prosperabilidad de la pretensión. Aun sin prejuzgar el fondo de un proceso aun no llevado a término, es necesaria la comprobación por el juez de que la pretensión ejercitada no carece de fundamentos sólidos. Se pretende, tal como se desprende con claridad del contenido del artículo 76 LPF, asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia, asegurar el fin del proceso.

El artículo 126 LPF prevé en su último párrafo la posibilidad de adopción de medidas cautelares en el proceso cuya finalidad es declarar la existencia de unión no matrimonial.

En cuanto a la naturaleza de tales medidas, son las mismas previstas para el divorcio y la nulidad matrimonial. Con carácter general, no exento de cierta vaguedad en su enunciado, se dice en el artículo 76 LPF que el “Juez podrá decretar las medidas cautelares establecidas en las Leyes y las que juzgue necesarias para la protección personal de los miembros de la familia o evitar que se causen daños graves o de difícil reparación a las partes antes de la sentencia o para asegurar provisionalmente los efectos de ésta”. Simultáneamente, deberá indicar su alcance y, en su caso, acordar su modificación ó cesación (Art. 77 LPF).

Como las medidas que pueden tomarse son las mismas previstas para los procesos matrimoniales (Art. 126 LPF), debemos acudir al artículo 124 LPF, que indica en qué pueden consistir: “a) Autorizar la residencia separada de los cónyuges y el uso provisional de la vivienda y de los bienes muebles de uso familiar; b) Disponer que uno de los cónyuges, ambos o un tercero se encarguen del cuidado de los hijos comunes, teniendo en cuenta el interés superior del menor; c) Determinar la cuantía que cada cónyuge deba aportar por concepto de alimentos, con base en la capacidad económica de los mismos, para los gastos de los hijos y el sostenimiento del hogar. Cuando fuere el caso, también se determinará el valor de la cuota alimentaria para el sostenimiento del otro cónyuge; y d) Decretar, a petición de parte, la anotación preventiva de la demanda en el registro donde se encuentren inscritos los bienes comunes o propios, anotación que surtirá efecto durante todo el tiempo que dure el proceso o hasta que se practique la liquidación correspondiente”.

C) Disolución del régimen económico

Cuando el proceso judicial para la declaración formal de la existencia de la unión matrimonial, requisito para que la misma surta los efectos previstos en la ley, tiene lugar cuando deja de existir por el fallecimiento de uno de sus integrantes o por la ruptura, adquiere relevancia el régimen económico de participación en ganancias que, según el artículo 119 CF, determina el régimen jurídico que debe aplicarse a los bienes adquiridos a título oneroso y a sus frutos, como también a los frutos de los que tuviere cada conviviente al inicio de la misma.

Para la determinación precisa de los efectos económicos de la ruptura, la misma sentencia declaratoria de la existencia de la unión

deberá precisar las fechas de comienzo y fin de la unión (Art. 124.1º CF).

Con esta pauta temporal y de acuerdo con lo que dice el apartado 2º del mismo artículo 124 CF, debe acudirse a la disciplina contenida en los artículos 51 al 61 del Código de Familia para, con arreglo a ella, establecer las ganancias obtenidas por cada integrante y precisar a continuación el grado de participación. En definitiva, tal como indica el artículo 55 CF, “Las ganancias se determinarán por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge. Si el resultado fuere positivo en los dos patrimonios, el cónyuge que hubiere experimentado menor incremento en el suyo, tendrá derecho a la mitad de la diferencia entre ambos incrementos.- Cuando uno solo de los patrimonios se hubiere incrementado durante la existencia del régimen, el titular del otro tendrá derecho a la mitad de ese aumento.”

D) Vivienda

a. Tal como dispone el artículo 124.5º CF, la sentencia que declara la previa existencia de la unión cuando tiene lugar su ruptura debe determinar a cuál de sus integrantes corresponderá el uso de la vivienda y menaje familiares.

Aunque no se establezcan criterios rectores de la decisión judicial, parece lógico que se otorgue preferencia para ello a quien quede encargado de la guarda de los hijos comunes, si los hubo, y en otro caso, a quien esté más necesitado de protección⁸.

b. En determinados casos, en que sea necesaria la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar (LVIF), situación que también puede darse entre convivientes, pueden llegar a tomarse medidas que incidan sobre la vivienda familiar y su uso, que puede restringirse o prohibirse al agresor.

En este sentido, dispone el artículo 7 LVIF que pueden consistir tales medidas en la orden de inmediato abandono del domicilio común (apartado e), en la fijación de un domicilio diferente a la persona agredida (apartado f), orden judicial de allanamiento de morada (apartado f), o en la prohibición de acceso del agresor al domicilio (apartado j).

E) Hijos

a. Es inevitable que la ruptura se proyecte sobre los hijos comunes.

8. Este es el criterio del artículo 96 del Código Civil español al regular la ruptura matrimonial.

En primer lugar, la sentencia que declara la unión, debe determinar la filiación de los hijos procreados durante ella, que no hubiere sido previamente establecida (Art. 124.3 CF). Y, sobre todo, a quien de los padres en su caso, corresponderá “el cuidado personal de los hijos sujetos a autoridad parental habidos dentro de ella, el régimen de visitas, comunicaciones y estadía de los mismos, para que el padre o madre que no viva con ellos, se relacione con sus hijos; y el monto de la pensión alimenticia con que el otro deberá contribuir (Art. 124.4 CF)”.

Como cuando se trata de decidir sobre la custodia de los hijos en los casos de ruptura matrimonial, esta decisión ha de venir condicionada por la perspectiva que permita dilucidar qué sea más favorable para aquellos (favor filii) y, por lo tanto, prescindiendo de los particulares intereses de los progenitores.

b. Cuando la naturaleza y entidad de la crisis familiar haga necesaria la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, el juez puede llegar a suspender provisionalmente a la persona agresora, el cuidado personal, la guarda, crianza y educación de sus hijos e hijas menores de edad y su derecho de visita a éstos en caso de agresión (Art. 7.i).

F) Alimentos

a. Entre las medidas que afectan a los hijos de la unión y como una consecuencia de las mismas, se encuentra la consistente en la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia con que el progenitor que no quede responsable de su guarda, por haberse dispuesto que vivan con el otro, debe contribuir al mantenimiento de aquellos, tal como se establece en el 124.4 CF

b. Si se iniciara necesaria la aplicación de la Ley contra la Violencia Intrafamiliar, por haberse producido en el seno de la unión una situación que lo mereciere, puede también recaer una decisión judicial relativa a alimentos a favor del miembro de la pareja que haya sido víctima de la violencia. En este sentido, el artículo 7.k LVIF faculta al juez para establecer una cuota alimenticia provisional.

G) Pensión compensatoria

Aunque nada dicen al respecto los preceptos reguladores de la unión extramatrimonial, puede plantearse la cuestión de si es factible que la sentencia declaratoria de la existencia de la unión (y a la vez sancionadora de la ruptura) fije una pensión compensatoria a favor del conviviente que, como directa consecuencia de la ruptura, vea empeorada

su situación económica respecto de la existente anteriormente, de suerte que se produzca un desequilibrio notable en relación con la del otro que formó la unión no matrimonial.

En principio, es la propia regulación legal del régimen económico de la situación convivencial contemplada por el Código de Familia la que parece excluir esta posibilidad. Ello porque, con arreglo al artículo 119 CF, es el régimen de participación en las ganancias el que rige los aspectos económicos de la unión o, cuando menos, el que habrá de tenerse en cuenta cuando se constate judicialmente su ruptura y el artículo 113 CF regulador de la pensión compensatoria, la limita a los casos en que el régimen fuera el de separación de bienes o, siendo el de comunidad, arrojare saldo negativo.

En consecuencia, es clara la dificultad de aplicar a la unión de hecho el régimen legal de la pensión compensatoria. No tanto por la ausencia de vínculo matrimonial, en cuyo caso cabría la aplicación analógica (Art. 9 CF), cuanto porque el régimen económico legal de la situación convivencial no es uno de aquellos en cuyo ámbito está prevista la pensión compensatoria.

Cuestión distinta es si se trata de unión de hecho cuyo régimen es, por la voluntad de sus integrantes, diferente al regulado por los artículos 118 y siguientes del Código de Familia.

7. Régimen de la unión de hecho no regulada en el Código de Familia.

Como acaba de apuntarse, cabe el planteamiento de cuáles pueden ser las consecuencias de una unión de hecho, estable, permanente, entre hombre y mujer guiados por el recíproco afecto y el afán de establecer una unión de vida, pero cuya existencia no ha llegado a constatarse formalmente al no haberse acudido al procedimiento judicial de los artículos 123 y siguientes del Código de Familia, o bien quisieron sus integrantes que se rigiera por los pactos que a bien tuvieron establecer.

Concretamente, la pregunta básica hace referencia a si a dichas uniones distintas a la del Código de Familia, les puede ser de aplicación la disciplina legal prevista para la que aparece regulada en el mismo.

En principio, las respuestas pueden ser variadas:

a. Podría decirse que no tienen por qué pretender la aplicación de unas normas quienes voluntariamente se han mantenido al margen de las mismas. Este sería el caso de la unión cuyos integrantes, o uno

de ellos que basta para promover el proceso judicial, no buscaron el amparo de la norma legal que prevé la existencia de la situación convivencial diferente al matrimonio, pese a que pudieron hacerlo.

Con arreglo a este criterio, no hay más unión no matrimonial legalmente reconocida y con efectos jurídicos definidos que la regulada en el Código de Familia, de suerte que la que sea extraña al mismo no puede surtir como tal ningún efecto. Sin perjuicio, naturalmente, de la protección que se dispensa a los hijos, con independencia de su filiación.

Dicho de otro modo, toda unión marginal a la legalmente prevista no merece la consideración legal de familia ni, con la excepción de las normas protectoras de los hijos, merece el amparo legal que se presta a la institución familiar.

b. Desde otra perspectiva, cabe sostener que la unión convivencial no matrimonial que no se ajusta a la expresa previsión legal puede, sin embargo, ser acreedora a la aplicación del régimen legal articulado respecto a la contemplada por el Código de Familia, siquiera en la medida en que ello sea compatible con la situación realmente existente en cada caso.

La base legal para ello sería la fuerza expansiva de los principios rectores del Código de Familia a que se refiere el artículo 8 CF como inspiradores de su aplicación y, sobre todo, la analogía o, en su caso, el buen sentido y la equidad a los que expresamente se refiere el artículo 9 CF. Como es sabido, la analogía permite la aplicación de la norma a supuestos distintos a los expresamente contemplados en su texto, cuando se aprecie la existencia de identidad de razón entre el del caso y los incluidos en la ley.

Con arreglo a este criterio analógico, debería procederse al examen detenido de cada caso para a continuación decidir la conveniencia de la aplicación analógica o por razones de equidad.