

EL ARGUMENTO ANALÓGICO EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE LA RUPTURA *INTER VIVOS* DE LA PAREJA DE HECHO. COMENTARIO A LA STS DE 19 DE OCTUBRE DE 2006

SUSANA ESPADA MALLORQUÍN*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LAS PAREJAS DE HECHO OBJETO DE RECONOCIMIENTO DE EFECTOS JURÍDICOS: 1. Aspectos constitucionales; 2. Legislación vigente; III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DERIVADAS DE LA RUPTURA *INTER VIVOS* DE LA PAREJA DE HECHO: ANÁLISIS DEL ARGUMENTO ANALÓGICO; IV. VALORACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años estamos asistiendo a un cambio vertiginoso del Derecho de familia, que ha afectado, sobre todo, a la regulación de la institución del matrimonio en aspectos tan esenciales como los sujetos que pueden contraerlo o la disolución del vínculo que se genera entre los que lo contraen. También forman parte indiscutible de este cambio las parejas de hecho, que se consolidan como una realidad social y jurídica relevante. Prueba de ello, desde un punto de vista legislativo, es que, en la actualidad, sólo cuatro Comunidades Autónomas carecen de una regulación específica en esta materia (Castilla-León, Castilla-La Mancha, La Rioja, Murcia y las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla). Por su parte, el legislador estatal parece haber optado por regular parcialmente, estas parejas mediante distintas

* Doctora en Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

disposiciones que les reconocen puntualmente ciertos efectos jurídicos¹. Sin embargo, a pesar de los mencionados avatares legislativos y de las esenciales reformas en Derecho de familia, la regulación de los problemas básicos que plantean las parejas de hecho sigue siendo una asignatura pendiente. Por ello, el estudio de la jurisprudencia sobre esta materia resulta imprescindible para poder determinar el estado de la cuestión.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2006 [*JUR* 2006, 256219] que va a ser comentada, es de las más recientes dictadas en materia de parejas de hecho y versa sobre una de las cuestiones más conflictivas: la resolución de los conflictos económicos que surgen en el momento de la ruptura *inter vivos* de la convivencia *more uxorio*. Esta cuestión ha sido objeto de numerosos pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo (podemos destacar las recientes SSTs de 2006 de 26 de mayo, 22 de febrero y 26 de enero [*RJ* 2006, 3341, 831 y 417]), así como de estudios monográficos por parte de la doctrina². Por ello, el comentario de esta sentencia pretende servir como reflejo de la evolución de los argumentos jurídicos empleados por la jurisprudencia hasta la fecha.

El relato de los hechos probados de la presente sentencia se corresponde con el patrón típico de la mayoría de los supuestos de los que conoce el Tribunal Supremo sobre este tema. En el presente caso, se trataba de una pareja de hecho, residente en el Principado de Asturias, con una hija en común, cuya ruptura de la convivencia *more uxorio* se produce de manera unilateral tras un prolongado tiempo de relación (diecisiete años). En el momento de la ruptura una de las partes solicita la aplicación de las reglas de la disolución del régimen económico matrimonial de gananciales para que le sean reconocidos efectos jurídicos patrimoniales a la ruptura *inter vivos* de su relación afectiva y, de esta forma, se lleve a cabo un reparto por partes iguales de determinados bienes que la demandante alega que son comunes, tales como, el dinero depositado en una cuenta abierta a nombre del demandando, un vehículo o una casa en Corvera.

Antes de comenzar con el comentario, creo oportuno poner de relieve que, en estos casos, la jurisprudencia parece seguir un patrón argumentativo que vertebra la mayoría de sus resoluciones. Dicho esquema argumentativo común se centra en dos aspectos esenciales: el primero de ellos es la constatación por parte del Tribunal de la existencia de una pareja

¹ Como ejemplos significativos de esta regulación parcial en el ámbito civil, podemos mencionar la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que reconoce en su Disposición Adicional Tercera la capacidad para adoptar tanto a cónyuges como a las parejas de hecho; la LAU 29/1994, de 24 de noviembre, cuyo artículo 16.1.b) contempla el supuesto de la subrogación para las uniones de hecho; el artículo 101 CC que señala como causa de extinción de la pensión fijada en los procedimientos de separación y divorcio (art. 97 CC) la convivencia marital del beneficiario de dicha pensión con otra persona, y, finalmente, en materia de emancipación, lo dispuesto en el artículo 320 CC.

² *Vid.*, entre otros, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (*Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes de parejas estables*, Valencia 2002); GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (*La pareja no casada y sus efectos patrimoniales*, Madrid 1995); LÓPEZ AZCONA, A. (*La ruptura de las parejas de hecho. Análisis comparado de legislación y jurisprudencia*, Navarra 2002) y MESA MARRERO, C. (*Las Uniones de hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y sus efectos*, Navarra 2006).

de hecho que sea susceptible de reconocimiento de efectos jurídicos; el segundo es la determinación de los efectos patrimoniales derivados de la ruptura, para lo que, en la mayoría de los casos, las sentencias comienzan poniendo de relieve la distinción entre las convivencias *more uxorio* y el matrimonio, y con ello, poder justificar que las normas propias de una realidad no pueden ser aplicadas para solucionar los problemas que plantea la otra.

Para proceder al análisis de la presente sentencia, voy a seguir el *iter* argumentativo del Tribunal, por lo que me detendré, en primer lugar, en la doctrina jurisprudencial sobre el concepto de pareja de hecho y su relación con el matrimonio, para analizar, posteriormente, cuáles son los argumentos jurídicos que se emplean a la hora de reconocer efectos patrimoniales a las parejas de hecho en los supuestos de ruptura *inter vivos* de la convivencia.

II. LA PAREJA DE HECHO OBJETO DE RECONOCIMIENTO DE EFECTOS JURÍDICOS

En la STS de 19 de octubre de 2006, se reitera el argumento manifestado por la jurisprudencia hasta la saciedad de que las parejas de hecho, a pesar de carecer de una consideración jurídica propia en el ámbito estatal, constituyen una realidad social ajurídica, pero no antijurídica. Ni son contrarias a la ley, ni la jurisprudencia puede desentenderse de ellas³. De igual forma, se pone de manifiesto que las parejas de hecho constituyen lo que la sentencia denomina una «familia natural». Esto implica que «producen o pueden producir una serie de efectos con trascendencia jurídica que no son ignorados por el jurista en general, ni por el Juez en particular, y que deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho» (F. J. 2º). Según la citada sentencia, este reconocimiento de efectos jurídicos también se deriva de los principios constitucionales de igualdad (art. 14 CE), libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y protección de la familia (art. 39 CE).

Junto a lo anterior, el Tribunal Supremo destaca, por un lado, que es necesario tener en cuenta que la pareja de hecho es «una institución que nada tiene que ver con el matrimonio» y que, actualmente, «con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión está formada por personas que no quieren, en absoluto contraer matrimonio con sus consecuencias»; y, por otro, pone de relieve el hecho de que

³ Esta afirmación sirve para rebatir la opinión mayoritaria histórica, cuyo paradigma lo constituía la famosa frase atribuida a Napoleón: «*les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*». Para una revisión, desde distintas perspectivas doctrinales sobre la regulación de las parejas de hecho, *vid.* entre otros: CANTERO NÚÑEZ, F. J. («Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho», *RDP*, marzo 1995, pp. 219-224); CERDÁ GIMENO, J. («Un retorno, a mi pesar, a un olvidado tema (II) De nuevo sobre las parejas no casadas», *RDP*, 2001 (I), pp. 199-204); GONZÁLEZ POVEDA, P. («Formas de regulación de las uniones de hecho: proyectos legislativos. Pactos entre convivientes, validez y eficacia», en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Madrid 1998, pp. 508-524); PANTALEÓN PRIETO, A. F. («El régimen jurídico civil de las parejas de hecho», en *Uniones de hecho*, coord Martinell y Areces Piñol, Lleida 1998, pp. 72-74); SERRANO MORENO, J. L. («Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio (I)», *Act. Civ.*, 1987-2, pp. 1723-1725).

existen once Comunidades Autónomas con regulación específica en materia de parejas de hecho y que, entre ellas, se encuentra el Principado de Asturias con la Ley 4/2002, de 23 de mayo de Parejas estables, ley que por cuestiones de *ratione tempore* no resulta aplicable al supuesto de hecho de la sentencia.

Estas afirmaciones jurisprudenciales iniciales de las que parte el Tribunal, y que son un fiel reflejo de la jurisprudencia mayoritaria en esta materia, merecen un comentario previo, ya que constituyen el presupuesto necesario para poder comprender su posterior argumentación jurídica. En realidad, podemos distinguir dos cuestiones, que han de estudiarse por separado: la primera de ellas es la relativa a los aspectos constitucionales de protección de la pareja de hecho y la segunda se refiere a la determinación de la legislación vigente aplicable.

1. Aspectos constitucionales

Al igual que la sentencia, considero que la pareja de hecho es una realidad social que produce una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica, por lo que no pueden ser ignoradas por el mero hecho de la pasividad o de la falta de iniciativa por parte del legislador estatal a la hora de regularlas. A su vez, también creo que el principal fundamento constitucional para la protección jurídica de las parejas de hecho se encuentra en su consideración como familia, constitucionalmente amparada por el artículo 39 CE, pero que es necesario conjugar esta protección con el respeto al libre desarrollo de la personalidad de los individuos en el desarrollo de sus relaciones afectivas, para evitar que, mediante ciertas disposiciones, puedan llevarse a cabo limitaciones arbitrarias a la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones personales.

Respecto a la consideración de la pareja de hecho como un grupo familiar contemplado por el artículo 39 CE, es preciso aclarar que su protección constitucional se deriva de la existencia de una comunidad de vida entre los miembros de la pareja, que genera entre ellos una estructura de protección y solidaridad, con independencia de la existencia de descendencia o de la orientación sexual de sus miembros. En la actualidad, los grupos familiares amparados por el artículo 39 CE se corresponden con una imagen maestra⁴ de familia que no se identifica exclusivamente con una comunidad de dependencias o de sangre (hijos y parentesco), sino con una comunidad de solidaridades y afectos. Así se pone de manifiesto en la STC 222/1992, de 11 de diciembre [RTC 1992, 222], donde la familia se define como «un marco de solidaridades y dependencias». Por ello, considero que la pareja de hecho,

⁴ El término imagen maestra (*Leit Bild*) de la garantía institucional de la familia implica el respeto de sus rasgos esenciales; rasgos que constitucionalmente no determinan un contenido concreto, estático y determinado de familia, sino la existencia de unas características básicas o típicas, cuya garantía por parte del legislador permiten la preservación de la institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.

con o sin descendencia, constituye una familia⁵ que los poderes públicos deben proteger y garantizar como institución y a la que el legislador ha de reconocer determinados efectos jurídicos⁶.

En lo que respecta al principio del libre desarrollo de la personalidad, entiendo que éste no se vulnera necesariamente cuando, en un supuesto de hecho determinado, se les reconoce a los convivientes *more uxorio* derechos y obligaciones similares a los matrimoniales. Esta opinión difiere de la jurisprudencia mayoritaria (entre otras, SSTs de 12 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 7148] y 22 de febrero de 2006 [RJ 2006, 831]). De hecho, en la presente STS de 19 de octubre de 2006, el Tribunal considera que existe una diferencia consustancial entre la pareja de hecho y el matrimonio y que, tras el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo y la simplificación de los trámites para la separación y el divorcio, quien se une de hecho es porque no quiere que se le apliquen las consecuencias de la convivencia matrimonial, por lo que esta opción ha de respetarse para garantizar el cumplimiento del citado principio constitucional. Sin embargo, estas consideraciones del Tribunal son susceptibles de una crítica.

A mi juicio, del hecho de que dos personas no hayan contraído matrimonio sólo puede extraerse la conclusión de que no ha sido su voluntad contraerlo, pero esto no nos permite asegurar fehacientemente cuáles han sido sus motivaciones para no contraerlo, ni que dicha voluntad les legitime para decidir en cualquier supuesto sobre todas las consecuencias jurídicas derivadas de su convivencia, ni implica, necesariamente, que las parejas de hecho no tengan derechos reconocidos. En mi opinión, no se puede afirmar que el principio general del libre desarrollo de la personalidad y la libre elección de no casarse se vulneren siempre que se aplique cualquier norma matrimonial a ciertos conflictos de la convivencia *more uxorio*⁷. El matrimonio es una relación jurídica cuya regulación se basa en la relación de la vida en pareja, a la que configura como institución jurídica. Las parejas de hecho no configuran la institución matrimonial, pero sí establecen esa relación de la vida que sirve de soporte a dicha institución. Es cierto que a nadie se le puede imponer la institución matrimonial

⁵ De hecho, dentro del plano del Derecho comunitario, hemos de destacar la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho de reagrupación familiar (DOCE, serie L 251/12, de 3 de octubre de 2003), que establece de manera específica en su artículo 4.3 que las parejas de hecho son una realidad jurídica existente, sitúandolas, por ello, en el capítulo referente a los miembros de la familia.

⁶ Sobre las distintas opiniones doctrinales relativas a los grupos familiares amparados por el artículo 39 CE., *vid.*, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L. («Prólogo del libro de Roca Trías», en *Familia y cambio social (de la «casa» a la persona)*, Madrid, 1999, pp. 23-25); GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (*Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1990, pp. 257-258); ROCA TRÍAS, E. («Familia, familias, Derecho de familia», *ADC*, 1990, pp. 1077-1079) y TALAVERA FERNÁNDEZ, P. (*La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, 2001, p. 108).

⁷ Sobre la relación entre el principio del libre desarrollo de la personalidad y el denominado «derecho a no casarse», *vid.*, entre otros: FERRERES COMELLA, V. [«El principio de igualdad y el «derecho a no casarse» (A propósito de la STC 222/1992)», *REDC*, nº 14, septiembre 1994, pp. 167-177]; GARCÍA CANTERO, G. («¿Derecho a no casarse?», *Act. Civ.*, nº 1, 2004, pp. 13-22); MARTÍNEZ DE MORENTÍN, M^a L. («Las uniones de hecho o la aversión a determinadas normas jurídicas», *Act. Civ.*, nº 42, 2003, pp. 1123-1125); ROCA TRÍAS, E. (*Familia y cambio social (de la «casa» a la persona)*, Madrid 1999, pp. 128-135); TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A. (*La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada 2001).

(art. 32 CE), pero esto no significa que los sujetos tengan un derecho a que no se regulen jurídicamente los conflictos de intereses con su pareja.

De esta forma, si conforme al sistema de fuentes del Derecho se cumplen los requisitos necesarios para que le sean jurídicamente aplicables determinados preceptos matrimoniales a las parejas de hecho, por analogía *legis*, dichas parejas no podrán ampararse en el libre desarrollo de la personalidad o en la decisión de no casarse para excluir la resolución de sus conflictos a través de la aplicación analógica de tales preceptos. Es decir, cuando nos encontremos ante normas cuya *ratio legis* sea el reconocimiento de efectos jurídicos a la convivencia *more uxorio* basada en una comunidad de vida y afectos, y no la protección del vínculo matrimonial, entonces el libre desarrollo de la personalidad de los individuos no se verá vulnerado porque se les aplique la solución más ajustada a Derecho.

Por todo ello, a diferencia de lo que parece afirmar el Tribunal, considero que el hecho de que se empleen ciertas normas de solución de conflictos matrimoniales para las parejas que conviven *more uxorio* –de modo semejante al matrimonial–, no puede calificarse como una limitación arbitraria a la autonomía de la voluntad de los individuos a la hora de desarrollar sus relaciones afectivas, ya que dicha limitación encuentra su justificación jurídica en el artículo 4.1 CC.

2. Legislación vigente

Sobre los aspectos relativos a la legislación vigente aplicable al caso, el Tribunal destaca, en la presente sentencia, la existencia de la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas estables de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, cuyo artículo 5 establece una previsión específica sobre la solución de los conflictos patrimoniales derivados de la convivencia.

Aunque esta ley no resulte aplicable al caso, por estar disuelta la unión antes de la entrada en vigor de la misma, resulta aconsejable analizar el concepto de pareja de hecho que emplea y los requisitos que exige para su aplicación. Así, el artículo 3 de la Ley asturiana define a la pareja estable objeto de reconocimiento como aquella «unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona»; además «se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público, o se hayan inscrito en el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias», si bien, «la

existencia de pareja estable o el transcurso del año de convivencia podrán acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho».

En virtud del tenor de este artículo, se puede afirmar que esta Ley utiliza un concepto no institucionalizador de pareja de hecho, ya que en esta Comunidad Autónoma la inscripción en el Registro autonómico de parejas de hecho no es necesaria para que se les puedan reconocer efectos jurídicos⁸. A su vez, los requisitos que se contemplan en el citado artículo se corresponden con los que criterios que, en ausencia de una legislación expresa aplicable, tiene en cuenta la jurisprudencia para determinar si existe o no una pareja de hecho susceptible de reconocimiento de efectos jurídicos; es decir, la existencia de una convivencia *more uxorio* estable y exclusiva⁹.

Por lo tanto, en el presente caso se puede afirmar que no existe diferencia entre la aplicación o no de la Ley al supuesto de hecho, ya que, de una forma u otra, la pareja reúne los requisitos necesarios para ser objeto de reconocimiento de efectos jurídicos. Tampoco existe ninguna diferencia sustancial respecto de la aplicación o no de dicha Ley en lo relativo a las disposiciones sobre la regulación de las relaciones patrimoniales entre los convivientes, porque el contenido del artículo 5 de la ley asturiana en nada difiere del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los individuos y los límites a la libertad de pacto que se contemplan en el artículo 1255 CC¹⁰.

III. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DERIVADAS DE LA RUPTURA *INTER VIVOS* DE LA PAREJA DE HECHO: ANÁLISIS DEL ARGUMENTO ANALÓGICO

En el caso de la sentencia objeto del presente comentario, tras la ruptura de la pareja, la conviviente solicitaba que se declarase la «aplicación analógica del régimen económico matrimonial de gananciales o, en su caso, la existencia de una sociedad universal de ganancias, de un condominio ordinario o de cualquier otra forma, siempre que se evidencie que

⁸ Por el contrario, la inscripción es constitutiva, hasta la fecha, en los Registros de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas de Valencia, Madrid, Baleares, Andalucía, Extremadura, País Vasco y Cantabria.

⁹ Dentro de la jurisprudencia hay que destacar la STS de 18 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4907], donde el Alto Tribunal afirma que la pareja de hecho susceptible de reconocimiento de efectos jurídicos es aquella «cuya convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma estable y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia de intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar» (F. J. 4º).

¹⁰ Según el citado artículo, «Los miembros de la pareja estable podrán regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes, en el que también podrán incluir las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja, y siempre con observancia de la legalidad aplicable. 2. No podrá pactarse la constitución de una pareja estable con carácter temporal ni someterse a condición. 3. En todo caso, los pactos a que se refiere este artículo nunca podrán perjudicar a terceros».

entre los convivientes existía una voluntad de hacer comunes todos o alguno de los bienes por *facta concludentia*, pues se realizó una aportación continuada de ganancias o trabajo al acervo común». Tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial desestimaron su pretensión, solución que es acogida posteriormente por el Tribunal Supremo al desestimar el recurso de casación interpuesto.

En su argumentación para determinar las consecuencias económicas de la ruptura de la pareja de hecho, el Tribunal Supremo considera esencial la distinción entre las parejas de hecho y el matrimonio. Así, en los fundamentos jurídicos afirma que es «consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las normas derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra insita en la convivencia *more uxorio*, el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por analogía *legis* de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece que puedan éstas y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o patrimonios comunes, ser aplicadas por pacto expreso, bien por vía de la analogía *iuris* como mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado, cuando por *facta concludentia* se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común» (F. J. 2º).

Las anteriores afirmaciones confunden determinados aspectos de la argumentación jurídica por analogía que, a mi juicio, resulta necesario aclarar. Es evidente que por el mero hecho de convivir *more uxorio* no es posible establecer una presunción general de comunidad de bienes entre los convivientes. No obstante, tal y como afirma la sentencia, es perfectamente admisible que los convivientes realicen pactos expresos por los que sometan sus relaciones patrimoniales, a nivel interno, a un régimen económico matrimonial determinado o a las normas generales de disolución de comunidades de bienes o patrimonios comunes. Ahora bien, cuando no existe ese pacto expreso y es necesario determinar a través de los hechos (*facta concludentia*) si existe una voluntad inequívoca de hacer comunes todos o algunos de los bienes, así como precisar el modo en el que se ha de liquidar ese patrimonio común, resulta esencial no olvidar, en buena lógica jurídica, el sistema de prelación de fuentes del artículo 1 CC, tal y como vamos a ver a continuación.

A pesar del mencionado rechazo a la utilización de la analogía *legis* por parte de la jurisprudencia, hay de recordar que la aplicación extensiva de los principios generales del Derecho, a la que el Tribunal nos remite como mecanismo de resolución de los conflictos en ausencia de pacto, no deja de ser analogía, concretamente analogía *iuris*. Ahora bien, en nuestro ordenamiento, la doctrina distingue dos tipos de analogía: la analogía *iuris* y la analogía *legis*. Mientras la analogía *iuris* implica la existencia de principios que se obtienen mediante inducción, a partir de un conjunto normativo determinado para colmar de este modo una laguna legal, la analogía *legis* es un procedimiento argumentativo que permite trasladar la solución prevista para un supuesto a otro distinto, carente de regulación, pero

que se asemeja al regulado, por compartir ciertas características esenciales¹¹. Esta distinción no es exclusivamente teórica, dado que la analogía *legis* es el único proceso analógico de aplicación de las normas jurídicas que se contempla en el artículo 4.1 del CC. Según nuestro sistema de prelación de fuentes (art. 1 CC), la aplicación del argumento jurídico por analogía *legis* es preferente a la analogía *iuris*, aunque en sentido estricto el carácter de fuente del Derecho no es predicable de ninguna de ellas. No obstante, una vez el juez verifique que se cumplen todos los requisitos exigibles para el uso de dicho argumento jurídico, su aplicación ha de ser automática.

El razonamiento anterior nos lleva a matizar el argumento empleado por el Tribunal Supremo en esta sentencia, que, además, es el predominante en la mayoría de las resoluciones existentes sobre esta materia. En primer lugar, comparto con la sentencia que no cabe la aplicación analógica íntegra del régimen económico matrimonial de gananciales a la pareja de hecho, tal y como solicita la demandada. Considero que esto es debido a que este régimen económico se configura como algo más que una mera cotitularidad de bienes, ya que trae consigo todo un entramado de derechos, facultades y deberes durante su vigencia, algunos de los cuales derivan de la asunción del vínculo matrimonial y tienen efectos frente a los terceros. No obstante, creo que esto no significa que haya de descartarse la posible aplicación por analogía *legis* de alguna de las disposiciones concretas del régimen de gananciales a las convivencias *more uxorio*, ya que, si en el caso concreto se cumplen los presupuestos del argumento (laguna legal e identidad de razón respecto del supuesto regulado y el carente de regulación, así como de la *ratio legis* de la norma concreta), dicha aplicación será no sólo posible, sino preferente a la analogía *iuris*¹².

A diferencia de la citada sentencia, no considero que todas las normas que regulan el régimen económico de gananciales sean necesariamente normas propias del matrimonio, en el sentido de normas cuya *ratio legis* sea, primordialmente, la garantía o protección del vínculo matrimonial¹³. Dentro de este régimen económico, existen normas destinadas exclusivamente a establecer las consecuencias económicas de la disolución de una comunidad de bienes y ganancias –como aquellas relativas a la consideración de los bienes

¹¹ Sobre la analogía y la distinción entre analogía *legis* y *iuris*, *vid.*, entre otros, ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (*Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid 1986, pp. 34-41); DíEZ-PICAZO, L. (*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona 1973, pp. 283-284); FALCÓN Y TELLA, M. J. (*El argumento analógico en el Derecho*, Madrid 1991, pp. 218-224); GULLÓN BALLESTEROS, A. («Comentario al artículo 4 CC», *Comentarios del Ministerio de Justicia*, 1993, pp. 29-30); LARENZ, K. (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona 1994, p. 376); SÁNCHEZ FERRO, S. («Analogía e imperio de la ley», *AFD*, 1996, pp. 652-653) y VALLET DE GOYTISOLO, J. («La analogía en el Derecho», *ADC*, 1995, pp. 1079-1080).

¹² *Vid.*, en idéntico sentido, VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. («Comentario a la STS de 22 de julio de 1993», *CCJC*, 1993, pp. 889-990).

¹³ En contra de esta afirmación LACRUZ BERDEJO considera que el matrimonio es un presupuesto legal para poder aplicar las normas de un régimen económico matrimonial, por lo que el matrimonio es una *condictio iuris* de la aplicabilidad y existencia de la sociedad de gananciales o de cualquier otro de los regímenes económico-matrimoniales, *vid.* LACRUZ BERDEJO, J. L. («Convivencia *more uxorio*: estipulaciones y presunciones», *Centenario del Código civil*, Madrid 1990, p. 1064).

como privativos o comunes a la hora de liquidar el patrimonio común— y, en este caso, si se cumplen los requisitos necesarios, no veo inconveniente en la aplicación de las mismas, por analogía *legis*, a las parejas de hecho. Sin embargo, no será posible tal analogía respecto de las normas que podemos calificar como normas propias del matrimonio, que son aquéllas destinadas a garantizar los derechos y deberes derivados del vínculo matrimonial asumido o que se dirigen a la protección de los terceros.

Lo que realmente sucede en el caso resuelto por la STS de 19 de octubre de 2006 es que, con independencia de esta argumentación jurídica, la demandante no consigue probar de forma fehaciente la existencia de los hechos concluyentes que determinen la voluntad de crear ese patrimonio común cuya disolución solicita. Es más, tal y como pone en evidencia el Tribunal, el hecho de que la demandada conserve como patrimonio propio una vivienda que le fue adjudicada en la liquidación de la sociedad conyugal de su anterior matrimonio, sin aportar este bien al que ella denomina patrimonio común, es un indicio significativo de la separación de patrimonios y no de la voluntad común que alega.

A su vez, el hecho de que la demandante aparezca como persona autorizada a disponer sin limitación alguna de cantidades de dinero en una cuenta bancaria, cuya titularidad es exclusiva, no supone una prueba de la existencia de un patrimonio común, sino que, tal y como expresa la sentencia, «la autorización en sí misma es contraria a la idea de constituir un patrimonio común, del mismo modo que la facultad para disponer de los fondos bancarios no significa el reconocimiento de la titularidad sobre los mismos» (F. J. 2º).

Para concluir, el Tribunal tampoco considera un medio idóneo para suplir el vacío probatorio acerca de la existencia de dicho patrimonio conjunto, el hecho de que se le reconozca a la hija común el derecho a percibir una pensión de alimentos, ni siquiera, como apreció la Audiencia Provincial, la percepción por parte de la demandada de una pensión compensatoria, ya que la atribución de ambas pensiones nada tiene que ver con la existencia de una voluntad de crear un patrimonio común durante la vigencia de la convivencia *more uxorio*.

IV. VALORACIÓN FINAL

En virtud de lo expuesto anteriormente, se puede deducir que discrepo de la decisión adoptada por la STS de 19 de octubre de 2006 en lo relativo a la argumentación que le sirve de soporte, pero no en lo referente al sentido de la misma en la solución del conflicto objeto del recurso de casación, ya que, como se extrae de los hechos probados, no hay datos fácticos suficientes que nos permitan afirmar la existencia de esa voluntad de formar un patrimonio común durante la vigencia de la convivencia.

Las principales críticas a la argumentación de la sentencia se centran en que, a mi juicio, en la actualidad no es posible sostener afirmaciones tales como que «la unión de

hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio». Es evidente que no son realidades idénticas, pero considero probado que el matrimonio y la pareja de hecho sí son convivencias análogas o semejantes. Entiendo que esto es así porque, en primer lugar, en ambas realidades existe un proyecto de vida en común que, en un caso, se asume mediante un compromiso jurídicamente vinculante y que, en otro, se renueva diariamente a través de la convivencia efectiva; en segundo lugar, porque ambas responden a intereses típicamente familiares; y, finalmente, porque entre los miembros de las parejas existen cuidados y responsabilidades recíprocas que, en un caso, derivan del vínculo matrimonial asumido y, en el otro, surgen de la propia convivencia *more uxorio*. Por lo tanto, matrimonio y pareja de hecho sí tienen «algo que ver», pues, aunque no son instituciones idénticas, sí son convivencias semejantes.

De igual forma, tampoco creo que pueda proclamarse que, tras las últimas reformas del Derecho de familia, en todo caso, «la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias». Del hecho negativo de que dos personas no contraigan matrimonio, sólo puede extraerse la conclusión lógica de que ésta no ha sido su voluntad. Ahora bien, de la simple ausencia de acción (no contraer matrimonio) no se pueden presumir las causas que han motivado a los sujetos a tomar esa decisión y concluir, además, que la razón exclusiva que les lleva a no casarse es evitar la aplicación de todas las disposiciones normativas matrimoniales. El razonamiento del Tribunal parece ir más allá, ya que entiende que esta hipotética voluntad única de todas las parejas de hecho las legitima para excluir la posible resolución de sus conflictos jurídicos por analogía *legis* con las normas matrimoniales, porque con ello se vulneraría, en todo caso, su derecho al libre desarrollo de la personalidad en las relaciones afectivas, razonamiento este último que, tal y como he puesto de manifiesto en el comentario de la sentencia, no comparto.

Para concluir, tampoco considero del todo precisa la afirmación de que las normas que regulan el régimen económico matrimonial de gananciales son normas propias del matrimonio. Efectivamente, ha de rechazarse la aplicación a las parejas de hecho por analogía *legis* de normas propias del matrimonio; pero lo que no hay que confundir es «norma propia del matrimonio» con toda norma que tenga como destinatarios a los cónyuges. Existen normas matrimoniales que están destinadas a resolver los conflictos típicos derivados de la existencia de una comunidad de vida y afectos, conflictos semejantes a los que se producen en el seno de una convivencia *more uxorio* y, por ello, si se cumplen los requisitos del argumento analógico, podrán aplicarse para la resolución de los conflictos que susciten estas convivencias de hecho. Por el contrario, cuando se trate de normas destinadas a proteger o garantizar el vínculo matrimonial, o que otorguen determinados efectos frente a los terceros por la asunción de dicho compromiso jurídico —esto es, si son normas propias de la institución del matrimonio— tales normas no podrán aplicarse a los convivientes por analogía *legis*. En relación con el caso de la sentencia comentada, esto no significa que, si bien es cierto que no cabe la aplicación analógica íntegra del régimen económico matrimonial de

gananciales a la pareja de hecho, dentro de las normas que regulan dicho régimen habrá que determinar la *ratio legis* de aquéllas cuya aplicación analógica se pretenda, para determinar si es una norma destinada a reconocer efectos al vínculo matrimonial o a resolver conflictos derivados de la convivencia *more uxorio*, a fin de poder afirmar la procedencia o no de la analogía *legis* en cada caso concreto.