



Roj: **STS 5270/2005 - ECLI:ES:TS:2005:5270**

Id Cendoj: **28079110012005100685**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/09/2005**

Nº de Recurso: **980/2002**

Nº de Resolución: **611/2005**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Septiembre de dos mil cinco.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida en pleno, e integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por don Mauricio , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Lydia Leyva Cavero, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 6 de febrero de 2002 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos , dimanante del juicio de menor cuantía seguido en el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de los de Burgos. Son parte recurrida en el presente recurso doña Marí Trini , representada por el Procurador de los Tribunales don Roberto Granizo Palomeque, y el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia Número 5 de los de Burgos, conoció el juicio de menor cuantía nº 263/2000, seguido a instancia de D^a Marí Trini , contra D. Mauricio , sobre adopción de medidas paterno filiales respecto del menor Raúl .

Por la representación procesal de D^a Marí Trini se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "...dictar sentencia en la que al reconocer la ruptura de la unión paramatrimonial existente hasta ahora entre doña Marí Trini y D. Mauricio se acuerde: 1º.- Atribuir la guarda y custodia del menor Raúl a su madre Doña Marí Trini .- 2º.- Establecer la obligación de Don Mauricio de pasar mensualmente a su hijo en concepto de alimentos la cantidad mensual de 125.000 pts., cantidad que se incrementará anualmente de acuerdo con el IPC u organismo que los sustituya, cantidad que se ingresará dentro de los 5 primeros días en la cuenta que indique la Sra. Marí Trini .- 3º.- Conceder el uso y disfrute de la vivienda que ha sido familiar sita en Quintanadueñas C/ DIRECCION000 nº NUM000 al hijo Raúl y a su madre hasta que el mismo alcance 25 años.- 4º Se proceda a la declaración de que entre Doña Marí Trini Mauricio existió desde 1.981 una unión extramatrimonial y una comunidad de los bienes adquiridos durante este tiempo, participando cada uno de ellos en el cincuenta por ciento de las propiedades de los bienes muebles e inmuebles y en general sobre cualquier bien o derecho adquirido en el período de tiempo referenciado, y se declare disuelta la sociedad civil o comunidad, condenando al demandado a efectuar las operaciones de partición al 50%, pudiendo hacerse la partición en ejecución de sentencia.- 5º.- Subsidiariamente para el supuesto, que no se espera, de que se entendiera que no ha existido un régimen de comunidad de bienes, que se condene a Don Mauricio al pago a Doña Marí Trini al pago de una indemnización por el enriquecimiento del demandado sin causa, que se concretará en atención del volumen de bienes, derechos y beneficios adquiridos durante los 19 años de convivencia y que en principio se señalan en 70 millones de pesetas.- 6º.- Subsidiariamente, y para el supuesto de que no procedan los pedimentos anteriores que se conceda a Doña Marí Trini una indemnización por 19 años de convivencia y perjuicios que la ruptura la supone de 70 millones de pesetas a cargo de Don Mauricio .- 7º.- Se condene en costas al demandado, si se opusiera a lo solicitado en esta demanda."



Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada don Mauricio , se contestó la misma, formulando a su vez reconvenición, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: "...se dicte sentencia en la que se acuerde: Atribuir la guarda y custodia del hijo menor a Mauricio a su padre D. Mauricio .- Establecer la obligación de Dña. Marí Trini de abonar mensualmente y en concepto de alimentos la cantidad de 30.000 pts., cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC.- Acordar que la Sra. Marí Trini abandone de inmediato la vivienda propiedad de mi representado portando consigo todas sus pertenencias."

Con fecha 7 de junio de 2001, el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice: "Que estimando como estimo parcialmente la demanda principal interpuesta por la Procuradora Doña Elena Cobo de Guzmán Pisón, en nombre y representación de Doña Marí Trini , contra Don Mauricio , representado por la Procuradora Doña Victoria Llorente Celorrio, debo declarar y declaro que no existe comunidad de bienes entre los litigantes sobre los bienes descritos en la demanda, y debo acordar y acuerdo: a) Atribuir la guarda y custodia del hijo menor de edad de los litigantes Raúl a su madre, doña Marí Trini , manteniendo ambos padres la Patria Potestad, fijándose a favor del padre, don Mauricio , el derecho de visitas en los términos que fijen las partes y, en su defecto, podrá comunicarse con su hijo y tenerlo en su compañía en fines de semana alternos desde el viernes a las 20:00 horas hasta el domingo a las 20:00 horas; y la mitad de los periodos oficiales de vacaciones escolares (Navidad, Semana Santa y verano), eligiendo los años pares el padre y los impares la madre.- b) Se fija como pensión alimenticia a favor del hijo menor de edad de los litigantes Raúl , a cargo del padre don Mauricio , la cantidad de setenta mil (70.000) pesetas mensuales, hasta que el hijo tenga independencia económica o cumpla los 26 años; cantidad que se incrementará anualmente de acuerdo con el IPC u organismo que lo sustituya, y que se ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que indique la Sra. Marí Trini ; los gastos ordinarios que excedan de dicha cantidad serán atendidos por la madre y los gastos extraordinarios (estudios en el extranjero, operaciones quirúrgicas, etc.) serán abonados por partes iguales.- c) Se fija como indemnización a favor de doña Marí Trini y a cargo de don Mauricio , una cantidad de diecinueve millones (19.000.000) de pesetas. Cantidad que devengará el interés del art. 921 L.E.Cv .- d) Se consideran propiedad de doña Marí Trini los muebles sitios en la vivienda de Quintanadueñas por ella adquiridos y descritos en las facturas obrantes en autos y aportadas como documentos 38 a 55, que podrá retirar de la vivienda.- f) Que se desestiman el resto de las peticiones del Suplico de la demanda.- g) Todo ello sin expresa imposición de costas.- Que estimando como estimo parcialmente la demanda reconvenicional interpuesta por la Procuradora Doña Victoria Llorente Celorrio, en nombre y representación de don Mauricio , contra Doña Marí Trini , representada por la Procuradora Doña Elena Cobo de Guzmán Pisón, debo acordar y acuerdo: a) Que doña Marí Trini deberá abandonar de inmediato la vivienda propiedad de don Mauricio sita en la C/ DIRECCION000 nº NUM000 de Quintanadueñas (Burgos). Se consideran propiedad de don Mauricio los muebles descritos en las facturas aportados como documentos 116 y 117 de la contestación a la demanda.- b) Que se desestiman el resto de las peticiones del Suplico de la demanda reconvenicional.- c) Todo ello sin expresa imposición de costas."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, dictó sentencia en fecha 6 de febrero de 2002 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Desestimar los recursos de apelación, y confirmar la sentencia recurrida, con imposición de las costas procesales, causadas en esta alzada, a las partes apelantes, correspondientes a sus respectivos recursos."

TERCERO.- Por la Procuradora Sra. Leyva Cavero, en nombre y representación de D. Mauricio , se presentó escrito de formalización del recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Burgos, con apoyo procesal en los siguientes motivos:

Primero: "Al amparo de lo dispuesto en el art. 477, nº 1 de la L.E.C . por infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, conforme al nº 2-2º del mismo precepto. Se entiende infringido el art. 142 del Código Civil . Ello en relación con lo también dispuesto en los arts. 142 a 148 del Código Civil , ambos inclusive".

Segundo: "Al amparo de lo dispuesto en el art. 477, nº 1 de la L.E.C. conforme al nº 2-2º del mismo precepto . Se consideran infringidos por su aplicación indebida, los arts. 96, 97 y 1438, todos ellos del Código Civil "

Tercero: "Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 de la L.E.C., conforme al nº 2-2º del mismo precepto . Se entiende infringido el art. 1887 del Código Civil y de la jurisprudencia que le interpreta".

CUARTO.- Por Auto de esta Sala de fecha 18 de enero de 2005 , se admite a trámite el recurso y evacuado el traslado conferido, por la representación procesal del recurrido, se presentó escrito de impugnación al mismo. Por el Ministerio Fiscal, se presentó informe en el que no se opone a la admisión del recurso.



QUINTO.- No habiéndose solicitado, por todas las partes personadas, la celebración de vista pública, por la Sala se acordó señalar, para la votación y fallo del presente recurso, el día veintiuno de julio del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del actual recurso de casación lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 477-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la sentencia recurrida ha infringido, según dicha parte, lo dispuesto en los artículos 142 a 148 del Código Civil, y, a la vez, contradice lo dispuesto en las sentencias de esta Sala de 20 de octubre de 1924, 2 de marzo de 1967, 5 de junio de 1982 y 24 de febrero de 1989.

Este motivo debe ser desestimado.

En efecto, la sentencia de la Audiencia ha fijado una pensión compensatoria a favor del hijo menor de los litigantes en la cantidad de 70.000 ptas. -420'71 euros-, hasta que el hijo tenga independencia económica o cumpla 25 años, y concede el uso de la vivienda en que había vivido la pareja al recurrente Mauricio, y este recurrente quiere que se reduzca la cuantía a 30.000 ptas. -180 euros-.

Todo ello, en principio, no es posible alegarlo en casación, pues la valoración de la cuantía que se fija conforme al artículo 142 es facultad exclusiva de los Tribunales de Instancia y teniendo en cuenta los principios que están en el artículo 146. Además, en el presente caso aunque el recurrente dice que la madre no contribuye a la alimentación del hijo, ello no es cierto, como se desprende del factum de la sentencia recurrida, pues la madre contribuye con la correspondiente atención en su casa, lo que de por sí revela una dedicación importante, que, si pudiéramos cuantificar económicamente, supondría más de las 70.000 ptas. -420'71 euros-, y ello aunque el hijo sea mayor de 18 años.

Item más, como ya se ha dicho al principio, el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del Código Civil corresponde a los Tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo, a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del artículo 146, cosa que en el presente supuesto no ocurre, por lo que el motivo, se repite, debe ser desestimado.

Y en este sentido hay que destacar la jurisprudencia de esta Sala, absolutamente superadora de la esgrimida por la parte recurrente. Así, la que determina que la atribución de la pensión alimenticia a favor de un hijo es una secuela de la declaración de paternidad y, de otro, de la entidad económica de la misma, y su fijación o mensura, entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del Tribunal de instancia y, por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación -por todas las sentencias de 5 de octubre de 1.993 y 3 de diciembre de 1.996-.

SEGUNDO.- Por razones de lógica y simplificación procesal será procedente el estudio conjunto de los motivos segundo y tercero del actual recurso de casación. Ambos los fundamenta la parte recurrente en el artículo 477-1 y 2-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en razón, y según opinión de dicha parte, de que en la sentencia recurrida se han infringido los artículos 96, 97 y 1438, todos del Código Civil -segundo motivo-; así como el artículo 1887 de dicho Código -tercer motivo-.

Ambos motivos, estudiados de consuno, deben ser estimados, con las consecuencias que más tarde se dirán.

Pero, ahora bien, para un mejor entendimiento de la cuestión planteada no sólo en estos motivos, sino también de la actual contienda judicial, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a) Las uniones de hecho, uniones estables de pareja o uniones de "more uxorio", y más en particular el fenómeno de su extinción por muerte de uno de sus miembros, por la voluntad concorde de ambos o por la decisión unilateral de uno solo de ellos, tiene que partir para su regulación y la mensura de sus consecuencias de dos principios esenciales, como son:

a') Uno, de rango constitucional, como es la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico - artículo 1-1 de la Constitución -, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para su realidad y efectividad - artículo 9-2 de la Constitución -, y justifica que el Título relativo a los derechos y deberes fundamentales tenga como pósito la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás - artículo 10-1 de la Constitución-. b') Y otro de legalidad ordinaria, y para ello hay que traer a colación todas las leyes autonómicas - es ahora cuando se echa en falta una regulación general estatal.

Dicha regulación emanada del derecho autonómico está constituida por un conjunto de normas que concretamente se han dado once Comunidades Autónomas, y que se especificarán más adelante.



Dicho todo lo anterior, es preciso adentrarse en el núcleo de la actual contienda judicial, por ello, y en principio, es preciso tener en cuenta los siguientes datos:

1º.- Que la unión de hecho en cuestión ha tenido su domicilio en Quintanadueñas, municipio de la provincia de Burgos, y por ende dentro de la Comunidad Autónoma de Castilla-León. Comunidad que no ha promulgado Ley alguna sobre tales uniones.

2º.- La ausencia de pacto configurado por las dos partes de este proceso y conformantes de la unión de hecho en cuestión, y con base en el artículo 1255 del Código Civil

3º.- Por ello, para dar una respuesta favorable o no, a la pretensión indemnizatoria que ha formulado la parte antes demandante y ahora recurrida en casación, habrán de tenerse muy en cuenta unas premisas fundamentales, derivadas de la jurisprudencia constitucional y de esta Sala, de la doctrina científica y del derecho comparado.

En esta último sentido, y para el estudio de las pretensiones indemnizatorias en el caso de ruptura unilateral o no de una unión de hecho, y a falta de una normativa legal o convencional -como ocurre en el presente caso-, hay que traer, antes de nada, a colación las siguientes posiciones:

a) Las que tienen como principio la regla general de negar efecto económico alguno a favor de uno de los miembros de la pareja para el caso de ruptura. Los efectos económicos serán únicamente, en su caso, los que los propios miembros de la pareja hayan previsto mediante pacto, con la misma libertad con la que decidieron unirse y con los límites generales del art. 1255 CC . En definitiva, a falta de pacto entre los miembros de la unión, cada uno asume las consecuencias económicas de la ruptura, porque, si libre fue la unión, igualmente libre tiene que ser la ruptura para cualquiera de ellos.

Sentando esta doctrina general, se fomentaría con ella la madurez y autorresponsabilidad en la toma de decisiones y se afrontaría una realidad social huyendo de soluciones paternalistas y de principios generales fáciles en su formulación, pero de muy difícil fundamentación constitucional y legal, por no decir francamente inconstitucionales e ilegales. Cuando se afirma como principio general en esta materia el de favorecer al miembro "más desprotegido", se omite preguntarse: ¿ más desprotegido por qué o por quién? Dicho de otra forma, si la "protección" en la que se está pensando es la que brinda el régimen jurídico del matrimonio y este régimen se excluyó consciente y voluntariamente, ¿dónde está la "desprotección" que jurídicamente haya que remediar?

b) También hay que tener en cuenta las posiciones que se basan en la anterior postura, pero que, sin embargo, afirman que todo lo antedicho no excluye, evidentemente, el reconocimiento de efectos jurídicos de la ruptura unilateral de las uniones de hecho. Pero serán efectos jurídicos derivados o propios de la institución que en cada caso proceda y no precisamente del matrimonio. Así, en la actualidad es frecuente la adquisición de vivienda en proindiviso, incluso por personas que piensan contraer matrimonio en un futuro más o menos próximo, y en tal caso lo procedente será aplicar las reglas de la disolución de la comunidad de bienes o "división de la cosa común", según los arts. 400 y siguientes del Código Civil . No es descartable tampoco que puedan darse casos de auténtico enriquecimiento injusto o sin causa, pero esa falta de causa nunca podrá identificarse con la libre decisión de unirse a otra persona sin casarse y formar una relación de convivencia de múltiples variables. Finalmente, no cabe excluir radicalmente la aplicabilidad del art. 1902 CC ., pero siempre exigiendo la plena concurrencia de todos sus requisitos, y, naturalmente, rechazando que la simple decisión de ruptura, aún sin causa alguna, constituye culpa o negligencia determinante de un deber de indemnizar, pues en tal caso se estaría creando algo muy parecido a la indisolubilidad de la unión de hecho o a su disolubilidad solamente previo pago.

c) Por último, las posiciones que permiten en general la posibilidad de reclamación indemnizatoria, con fundamento en la fuerza expansiva de la norma, lo que permitirá la aplicación de los artículos 96, 97 y 1438 del Código Civil , a través de la analogía existente entre el matrimonio y las uniones de hecho como instituciones comprendidas dentro del derecho de familia.

De todo lo anterior se infiere que la doctrina científica moderna parte de la base de afirmar que la ruptura de la relación puede generar perjuicios a uno de los miembros de la pareja.

Sin embargo, también tiene en cuenta que, del mismo modo que la pareja comenzó la convivencia libremente, también la ruptura debe ser libre.

Así, con carácter general se afirma que la ruptura de la unión de hecho no implica el deber de indemnizar los perjuicios derivados de la misma, ya que los convivientes han aceptado crear una unión al margen del matrimonio legalmente establecido, que sí crea derechos y obligaciones durante su vigencia así como al término de la misma.



Y admite, en todo el supuesto, el pacto para la determinación del resarcimiento económico en caso de ruptura de la convivencia de la unión de hecho.

Pero, en general, considera que la figura de la acción de enriquecimiento injusto puede, en la práctica, ser vía adecuada para la obtención de indemnizaciones a la ruptura de la unión de hecho, siempre que concurren los requisitos que la jurisprudencia tiene delimitados para que juegue la misma.

Es ahora el momento de traer a colación la jurisprudencia de esta Sala sobre el tema que aparece sintéticamente recogida en la sentencia de 17 de junio de 2003 , cuando dice que las uniones "more uxorio", cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos - constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial- han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción. La relevancia del problema se ha dejado sentir en la actuación de los Tribunales (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, y restantes de la organización judicial), y también ha incidido en el campo legislativo, muy puntualmente en lo que hace referencia a la legislación estatal, y con mayor intensidad, aunque condicionada por las respectivas posibilidades legislativas, en la legislación autonómica, que ha realizado un destacado esfuerzo por acomodar el ordenamiento jurídico a la realidad social. Y en este sentido procede citar la Ley 10/1.998, de 15 de julio, de Catalunya sobre Uniones Estables de Pareja ; la Ley 6/1.999, de 26 de marzo, de Aragón sobre Parejas Estables no casadas; la Ley Foral Navarra 6/2.000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables ; la Ley 1/2.001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana por la que se regulan las Uniones de Hecho ; la Ley 18/2.001, de 19 de diciembre, de Les Illes Balears, de Parejas Estables ; la Ley 11/2.001, de 19 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, sobre Uniones de Hecho ; la Ley 4/2.002, de 23 de mayo, de Asturias, de Parejas Estables ; la Ley 5/2.002, de 16 de diciembre, de Andalucía, de Parejas de Hecho ; la Ley 5/2.003, de 6 de marzo, de Canarias, de Parejas de Hecho ; y la Ley 5/2.003, de 20 de marzo, de Extremadura, sobre Parejas de Hecho . -Hay que añadir que, después de la fecha de dicha sentencia, ha entrado en vigor la Ley reguladora de las Parejas de Hecho de Cantabria, Ley 1/2005, de 16 de mayo -. Es de significar que algunas de estas Leyes reconocen derechos para el caso de extinción de la unión por muerte de uno de los miembros de la pareja, e incluso (como en el caso de las Leyes de Navarra y de las Islas Baleares) se atribuyen derechos sucesorios con equiparación al cónyuge viudo, siendo también de resaltar la aplicación que realiza la Ley extremeña (art. 7), de la doctrina del enriquecimiento injusto previendo la posibilidad de una compensación económica en favor del conviviente perjudicado que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente.

La falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción de la unión "more uxorio" ha dado lugar a una jurisprudencia disímil, salvo en la admisibilidad general de los pactos expresos, o tácitos ("falta concludentia"), con acogimiento de soluciones de comunidad de bienes (ad ex. Sentencia 4 junio 1.998) o de sociedad irregular (ad ex. Sentencias 18 mayo 1.992, 18 febrero 1.993, 18 marzo 1.995), que ha efectuado un notorio esfuerzo para proporcionar remedio jurídico a las peculiaridades casuísticas, lo que ha dado lugar a diversas soluciones, no necesariamente reñidas entre sí. Y en tal sentido, dejando a un lado admisiones hipotéticas (Sentencias 27 mayo, 20 octubre y 24 noviembre 1.994), son de destacar las Sentencias de 13 de junio de 1.986 , que aplica el principio de la buena fe y la sanción del abuso del derecho, en sintonía con una interpretación acorde con la realidad social; 11 de diciembre de 1.992, que aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto; 16 de diciembre de 1.996, indemnización de daños y perjuicios del art. 1.902 CC , en atención a que hubo promesa de matrimonio; y aplicación analógica del art. 96 en relación con el 4º.1, ambos del Código Civil , por lo que respecta al uso de la vivienda familiar; 10 de marzo de 1.998, principio de protección del conviviente más débil, que también se menciona en la de 27 de marzo de 2.001, y se ratifica en la de 17 de enero de 2.003; 27 de marzo de 2.001, que alude a las doctrinas del enriquecimiento injusto, aplicación analógica de pensión compensatoria del art. 97 CC y principio de protección del conviviente perjudicado; y 5 de julio de 2.001 y 16 de julio de 2.001, sobre aplicación analógica del art. 97 CC .

En conclusión y como epítome, se puede decir que en el criterio jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, se puede constatar que la técnica más utilizada es la de la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil , y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes.

En cuanto al Tribunal Constitucional, es constatable que, a falta de un pronunciamiento expreso sobre el tema debatido, ha dictado resoluciones que se pueden encajar en dos grupos, uno en el que se reconocen derechos



en materia de arrendamientos urbanos e indemnizatorios (SSTC 6/1993, 47/1993, 155/1998 y 180/2001), y un segundo grupo que rechaza la equiparación en materia de pensiones (SSTC 66/1994, 222/1994, 39/1998, 47/2001, 77/2004 y 174/2004).

En el ámbito del derecho comparado, en general se puede decir que la regulación de las uniones de hecho se circunscribe a las parejas de hecho homosexuales, y así, Ley danesa, de 7 de junio de 1989 sobre "Registro de Parejas de Hecho homosexuales ", equiparada al matrimonio heterosexual. Ley noruega, de 1 de agosto de 1993, sobre "Registro de Parejas de Hecho homosexuales ", equiparada al matrimonio heterosexual. Ley sueca, de 23 de junio de 1994, sobre "Registro de Parejas de Hecho homosexuales ", equiparada al matrimonio heterosexual. Ley holandesa, de 1 de enero de 1998, sobre "Uniones Civiles" -Registro de Parejas de Hecho homosexuales , equiparada al matrimonio heterosexual-. Pero hay leyes que prácticamente equiparan la unión de hecho al matrimonio; así, la Ley belga, "Loi instaurant la cohabitation legale", de 23 de noviembre de 1998 -, que se remite al artículo 1253 del Code judiciaire . La Ley francesa, "Loi sur pacte civil de solidarité et du concubinage" de 13 de octubre de 1999 . La Ley alemana, "Ley de Parejas de hecho" de 1 de agosto de 2001 .

TERCERO.- Dicho todo lo anterior como prolegómeno indispensable, es ya el momento de entrar en el estudio del planteamiento jurídico de los motivos casacionales del actual recurso.

Y aunque el actual recurso no se haya planteado por el cauce del interés casacional, sino a través de lo establecido en el artículo 477-2-2º , es decir por la cuantía del asunto, se puede aprovechar el "liquet" para dar a entender lo que esta Sala considera apropiado para resolver en general el problema de la posibilidad de indemnizar para el caso de ruptura de una unión de hecho. Ya que, aunque el Tribunal Supremo no es un legislador, tiene la obligación de solucionar el caso planteado sobre estas bases: no igualdad entre las situaciones, y aplicación de los instrumentos adecuados. Todo ello sin perjuicio, como es lógico, de subsumir los hechos de este proceso, en la doctrina jurisprudencial mencionada.

Esta doctrina ha de partir de dos supuestos imprescindibles, como son: la ausencia de una norma específica legal, y la ausencia de un pacto establecido por los miembros de una unión de hecho, con base en la autonomía de la voluntad negociadora establecida en el artículo 1255 del Código Civil .

Sentado lo anterior, es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio - Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 y la 222/92 , por todas-, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. 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 la aplicación del derecho resarcitorio, para los casos en que pueda darse un desequilibrio no querido ni buscado, en los supuestos de una disolución de una unión de hecho.

En otras palabras, determinar si, en los casos de ruptura de una unión de hecho, sea por consenso o por decisión unilateral, se puede derivar una compensación o una indemnización.

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, ni proceder de lo particular a lo particular, sino que, partiendo de una serie o conjunto de normas, tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho. En conclusión, que hay que entender la "analogía iuris" como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho. O dicho con otras palabras, esta "analogía iuris" -la "Rechtsanalogie" del B.G.B.- parte de un conjunto de preceptos, de los que extrae, por inducción, su principio inspirador y lo aplica al caso no regulado.

Todo ello lleva ineludiblemente a la aplicación, para resolver tal problema fundamentado en la disolución de una unión de hecho, al principio general del derecho - artículo 1-1 del Código Civil - y a la figura del enriquecimiento injusto recogida en el artículo 10-9 y en el artículo 1887, ambos de dicho Código , que siempre servirá como "cláusula de cierre" para resolver la cuestión.

Pues la compensación que se puede conceder en los supuestos de ruptura requiere básicamente que se produzca un desequilibrio, que se mide en relación con el otro cónyuge y que implica un empeoramiento en



relación con la situación anterior. Estos rasgos definitorios de la base o causa de la compensación, ¿hasta qué punto son proyectables sobre una convivencia "more uxorio" en la que, por hipótesis, ni un cónyuge ni el otro se obligaron o vincularon a una vida en común? Habrá que estar, como ya se ha dicho, al supuesto, a la existencia de pactos, promesas o la creación y el sostenimiento de situaciones de facto de las que, por la vía de los "facta concludentia" se pueda deducir que hubo ese proyecto de vida en común y que se ha producido lo que se denomina la "pérdida de oportunidad", que sería, aquí, el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de "empeoramiento" que ha de calificar el desequilibrio.

Y así, lo recogen sentencias de esta Sala, de 13 de diciembre de 1991 y 4 de junio de 1993 .

Y en concreto la ya mencionada de 17 de junio de 2003, que afirma "se desprende una situación de enriquecimiento injusto. Esta situación tiene lugar cuando se ha producido un resultado por virtud del cual una persona se enriquece a expensas de otra que, correlativamente, se empobrece careciendo de justificación o de causa (base) que lo legitime, de tal manera que surge una obligación cuya prestación tiende a eliminar el beneficio del enriquecimiento indebido ("in quantum locupletiores sunt"). El enriquecimiento, como ya advierte la mejor doctrina, se produce, no solo cuando hay un aumento del patrimonio, o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también por una no disminución del patrimonio ("damnum cessans"). El empobrecimiento no tiene porqué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro. La correlación entre ambos es la medida en que uno determina el otro, y la falta de causa no es otra cosa que la carencia de razón jurídica que fundamente la situación. La causa (en el sentido de <<razón>> o <<base>> suficiente) no es, desde el punto de vista jurídico, otra cosa -como sostiene un importante sector doctrinal- que un concepto-válvula para poder introducir elementos de carácter valorativo, y decidir de tal manera acerca de la justificación, o falta de la misma, en un supuesto determinado. Una excesiva generalización de la doctrina del enriquecimiento injusto puede crear riesgos para la seguridad jurídica, pero su aplicación a supuestos concretos y a concretos intereses, otorgando en favor de un sujeto concreto una acción de restitución constituye un postulado de justicia insoslayable."

CUARTO.- Deben traerse ahora a colación los datos fácticos obrantes en autos y no controvertidos, los cuales no suponen ni de lejos efectuar una hermenéutica distinta a la realizada y recogida en la sentencia recurrida.

Dicha "facta" está constituida por los siguientes datos:

1º.- Que Mauricio tiene 52 años y Marí Trini 51.

2º.- Que Marí Trini es funcionaria, con la categoría de ordenanza, de la Junta de Castilla-León, y que percibe una pensión de un Estado extranjero.

3º.- Que los dos, al constituir la unión de hecho, no estaban sujetos a vínculo matrimonial alguno.

4º.- Que la convivencia ha durado 19 años, y que durante la misma convivieron con los dos hijos habidos por Marí Trini con anterioridad a la constitución de la unión de hecho, y con el habido con Mauricio .

De todo ello se infiere que la mujer, en razón a la convivencia, no ha perdido un puesto de trabajo, ni ha visto disminuidas sus retribuciones. Que tampoco sufre de minusvalía o enfermedad alguna. Y que incluso aportó a la comunidad la carga del cuidado y educación de dos hijos, provenientes de su matrimonio.

Así, en el presente caso no se puede hablar de un empobrecimiento de la parte actora, y si la parte demandada ha visto aumentado su patrimonio de una manera moderada es debido al acierto en el desenvolvimiento de su actividad -un servicio de ambulancias-. Y tampoco se puede hablar de una causa que fundamente la situación económica antedicha.

En conclusión, que en el presente caso, ni por la técnica del enriquecimiento injusto -que se admite como base genérica para determinar una indemnización en una disolución de una unión de hecho-, ni por la fuerza expansiva del derecho que permite la aplicación del artículo 97 del Código Civil -que no se admite como tal base genérica-, puede estimarse la pretensión indemnizatoria de la parte actora, por lo que procede asumiendo esta Sala la instancia, absolver de la petición de indemnización realizada por la misma frente a la parte ahora recurrente.

QUINTO.- En materia de costas procesales, no se hará expresa imposición de las mismas ni en la primera instancia, ni en la apelación, ni en este recurso; todo ello a tenor de lo dispuesto en los artículos 394, 397 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS



Que debemos acordar lo siguiente:

1º.- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por don Mauricio frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos, de fecha 6 de febrero de 2.002 .

2º.- Casar y anular la misma, pero sólo en lo relativo a la indemnización fijada en el apartado c) de la sentencia de primera Instancia que fue confirmada en apelación por la ahora recurrida en casación.

3º.- No hacer expresa imposición de las costas procesales de la primera instancia, de la apelación, y de este recurso.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Juan Antonio Xiol Ríos.- Román García Varela.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesús Corbal Fernández.- Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Vicente Luis Montés Penadés.- Encarnación Roca Trías.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Firmado.- Rubricado.-

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:12/09/2005

Que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz

El Magistrado que suscribe formula el siguiente voto particular, al amparo de lo previsto en el artículo 260 de la ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , haciendo constar expresamente su absoluto respeto al criterio mayoritario de la Sala.

Se aceptan expresamente los ANTECEDENTES DE HECHO y el FUNDAMENTO DE DERECHO primero de la sentencia de la que se disiente.

La esencia de este

Voto Particular

VOTO PARTICULAR se centra en la negativa a conceder la indemnización reclamada por la mujer, en unión de hecho, que había sido estimada por la sentencia de instancia, casada por la presente.

PRIMERO.- Respecto a las uniones de hecho, la doctrina jurisprudencial, complementando el ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del Código civil) en este tema, carente de toda normativa en la Comunidad de Madrid, ha sido reiterada y ha mantenido una unidad de criterio en su esencia, con divergencias en sus matices. Siempre se ha enfrentado al caso de pareja heterosexual, en convivencia estable, sin mediar parentesco y, en definitiva, al supuesto de unión análoga al matrimonio que no ha pasado por la forma solemne, ad substantiam, de celebración. Ante ello, ha negado que hubiera vacío legal pese a la carencia de normativa específica (sentencias desde la de 18 de mayo de 1992, pasando por la de 10 de marzo de 1998, hasta la de 17 de enero de 2003), ha declarado no aplicables las normas del régimen económico-matrimonial (sentencia de 4 de marzo de 1997 que lo dice como fundamento del fallo, entre otras muchas, como la citada de 17 de enero de 2003) y, siempre, reiteradamente, ha buscado evitar el perjuicio injusto y proteger al que aparezca perjudicado (sentencias de 10 de marzo de 1998, 27 de marzo de 2001, 17 de enero de 2003, 23 de noviembre de 2004) en el sentido de que una persona, tras una larga convivencia, no puede quedar apartada de todo beneficio económico o aumento patrimonial que se haya producido durante la misma; en otras palabras, a la inversa: tras la convivencia, no puede uno de los convivientes retener para sí todo beneficio o aumento del patrimonio, que se ha producido. En ningún caso se admite que se valoren las aportaciones económicas de cada uno, ya que no puede desconocerse la realidad del valor del trabajo doméstico y dedicación a la familia que ha realizado uno de ellos. Aquí está el quid de la cuestión: los temas que han llegado a casación no son otros que las consecuencias que produce para uno de ellos la ruptura de la relación; y éste "uno de ellos" siempre ha sido la mujer, por lo menos hasta ahora.

SEGUNDO.- Siguiendo esta doctrina, esta Sala ha concedido indemnización fundada en la responsabilidad extracontractual ex artículo 1902 del Código civil (sentencia de 16 de diciembre de 1996), o en la pensión compensatoria aplicando analógicamente el artículo 97 del mismo código (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002), o entendiendo que medió una comunidad (sentencias de 18 de mayo de 1992, 18 de febrero de 1993, 29 de octubre de 1997) o en la doctrina del enriquecimiento injusto (sentencias de 11



de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001) o bien relacionándola con el principio general del derecho de protección del perjudicado y evitar el perjuicio injusto (sentencias de 17 de enero de 2003, 17 de junio de 2003 y 23 de noviembre de 2004).

También se ha reconocido la validez de los pactos expresos o tácitos sobre las relaciones entre los convivientes, en especial los pactos relativos a la formación de una comunidad de bienes, lo que no es el caso presente, en que si los hubiera, no habría problema.

TERCERO- En éste, analizando, como hace la sentencia de la que se disiente, los motivos segundo y tercero conjuntamente, no aparece infracción de los artículos 96, 97 y 1438 (que denuncia el motivo segundo) ni del artículo 1897 del Código civil (motivo tercero), que no han sido aplicados directamente, sino que de ellos se ha deducido el principio general de "protección del conviviente más perjudicado" (lo dicen las dos sentencias de instancia), ya que su "contribución, 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 eficientemente se ha roto por finalización de la convivencia entre los litigantes" (sentencia de primera instancia, fundamento segundo), "lo que crea razones de justicia y equidad para indemnizar 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" (sentencia de segunda instancia, fundamento sexto, in fine).

Se deben aceptar estos pronunciamientos. La demandante en la instancia y parte recurrida en casación, la mujer en la unión de hecho, debe recibir una compensación económica que no la deje apartada del beneficio económico y aumento patrimonial producido durante la larga convivencia; no se trata, pues, de si ella ha hecho aportaciones económicas o si ha sufrido un empobrecimiento, sino que aquella convivencia en la ha habido importantes aumentos patrimoniales y a la que ella ha dedicado su trabajo y atención en el hogar, no la deje al margen de todo el beneficio económico para quedar exclusivamente para la otra parte conviviente Y ello se basa en el principio general de protección al perjudicado, reiterado, como se ha dicho, por la jurisprudencia, citada sin ánimo exhaustivo y deducido de los preceptos del Código civil que se citan en este motivo del recurso y que, por ello, se entiende que no han sido infringidos.

CUARTO.- En conclusión, en contra del criterio de la Sala y respetándolo plenamente, considero que las sentencias de instancia no han infringido las normas que se mencionan del Código civil sino que, por el contrario, han seguido la jurisprudencia reiterada de la Sala sobre la cuestión de las consecuencias económicas de la ruptura de la unión de hecho, de la que se aparta la sentencia de la que se disiente. En consecuencia, considero que debería haber sido desestimado el recurso de casación.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:doce de septiembre de dos mil cinco.

Que formulan los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo D. José Ramón Ferrándiz Gabriel y D^a Encarnación Roca Trias para expresar su desacuerdo con la sentencia de la misma de fecha de 12 de septiembre de 2005. Nuestra respetuosa discrepancia con la decisión de la mayoría no se refiere al sentido de la misma en la solución del conflicto objeto del recurso de casación, sino a la argumentación que le sirve de soporte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Ante la falta de regulación de la cuestión relacionada con las parejas de hecho en algunos territorios del Estado, el Tribunal Supremo ha tenido que resolver diversos casos en los que se ha pedido una compensación a cargo de uno de los miembros de la pareja, a falta de acuerdo entre los mismos sobre las consecuencias de la ruptura. Para ello ha utilizado tres vías, que son fundamentalmente,

- a) El enriquecimiento injustificado (sentencia de 11 de diciembre de 1992 , pero rehusado en la sentencia de 16 de julio de 2002 , considerando que ha sido absolutamente criticado por la doctrina)
- b) La responsabilidad civil extracontractual (sentencia de 16 de diciembre de 1993)
- c) La analogía con situaciones de ruptura matrimonial y la aplicación de las reglas que rigen esta ruptura en materia de vivienda (sentencia de 16 de diciembre de 1996) o pensión compensatoria (sentencias de 7 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002).

En cambio ha rechazado de una manera muy constante, la aplicación de régimen de bienes (desde la sentencia de 21 de octubre de 1992 hasta la de 17 de enero de 2001), aun admitiendo el pacto sobre las consecuencias económicas de la unión.



La conclusión a que lleva el estudio de las sentencias de esta Sala es que, al no haber ley reguladora de la situación que se produce ante la disolución de una convivencia de hecho, se han aplicado las reglas generales, de acuerdo con el mandato del artículo 1.7 CC y se ha acudido bien a la analogía legis (fundamentalmente sentencia de 16 de julio de 2002), o bien a los principios generales sobre la base del enriquecimiento injustificado (básicamente en las sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 5 de febrero de 2004). SEGUNDO. Una revisión de las soluciones en Derecho comparado nos lleva a concluir que habiéndose superado el inicial prejuicio en contra de este tipo de uniones, existen dos grandes grupos de ordenamientos jurídicos: los que admiten el pacto formal entre convivientes y a partir de aquí, establecen unos determinados efectos, como ocurre en Francia, después de la Ley de 15 de noviembre de 1999 , que introdujo el "pacto civil de solidaridad" (PACS), aunque mantuvo el concubinato como relación puramente de hecho, es decir, sin pacto formal, al que la jurisprudencia francesa ha reconocido sólo efectos cuando concurren los requisitos del enriquecimiento sin causa (sentencia de 15 de octubre de 1996). El otro modelo es el que se recoge en las legislaciones nórdicas y en Alemania, donde, por respeto a la libertad de las personas respecto al derecho a contraer matrimonio, se atribuyen a las uniones de hecho unos efectos mínimos que se ponen de manifiesto en la ruptura y que se aplican al margen de la voluntad de las partes. Este modelo, que no tiene mucho predicamento en Europa, ha inspirado las leyes 10/1998, de Cataluña y 18/2001, de las Islas Baleares , que recogen, sin embargo un esquema más intervencionista .

TERCERO. Lo anterior demuestra que la solución al tema planteado no es fácil. Para encontrar una salida, hay que tener en cuenta antes que nada los principios constitucionales que se refieren a la familia, puesto que no debe olvidarse que en virtud del mandato constitucional, la familia que debe protegerse no es sólo la basada en el matrimonio, como afirma la STC 222/1992 , aunque es evidente que como el propio Tribunal Constitucional asevera en la STC 184/1990 , el matrimonio y la unión de hecho no son realidades equivalentes, lo que significa que no puedan atribuirse a las parejas de hecho todos los efectos del matrimonio, mientras el legislador estatal no decida cuáles serán las consecuencias jurídicas de este tipo de uniones.

Pero es evidente que los Tribunales deben decidir los casos que se planteen, según la regla imperativa contenida en el artículo 1.7 CC ., teniendo en cuenta que este Tribunal sólo puede pronunciarse respecto del caso que se ha sometido a su consideración, aunque para ello haya de tener en cuenta los principios constitucionales que se concretan en la libertad de los convivientes de pactar lo que estimen más conveniente para la resolución de las relaciones que crea la convivencia y las consecuencias de la hipotética ruptura y la no igualdad entre las situaciones de matrimonio y unión de hecho. Aunque haya que tener en cuenta también la consideración de "familia" que el Tribunal Constitucional ha atribuido a estas uniones a partir de la STC 222/1992 .

De ahí que la falta de igualdad entre el matrimonio y la unión de hecho conlleva que los convivientes no gocen de régimen económico matrimonial, a no ser que pacten cualquier tipo de sistema al amparo del artículo 1255 Código civil , de acuerdo con la libertad que tienen, no sólo para constituir la unión, sino también para atribuirle los efectos que consideren convenientes. Y también que no puedan aplicarse automáticamente las reglas que se refieren a la ruptura del matrimonio, salvo lo que diremos.

Estas consideraciones y el respeto a la libertad implican que no debe otorgarse automáticamente una compensación cuando se produce la ruptura de la unión de hecho, como tampoco ocurre en el matrimonio, sino que sólo si concurren los requisitos para ello, que ahora se examinarán, podrían ser tributarias de una atribución económica.

CUARTO. Sentado lo anterior como base para la argumentación que seguirá respecto del texto de la sentencia, cuyos razonamientos respetuosamente se combaten, pensamos que debería considerarse que, en ciertos casos, pueden aplicarse 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 serán el remedio más adecuado para solucionar el problema planteado.

Tampoco nos parece justificado recurrir a una integración mediante la analogía iuris, como sostiene la mayoría al argumentar su decisión, ante la dificultad de encontrar la necesaria identidad de razón entre matrimonio y unión de hecho, salvo que quede referida a normas concretas, en este caso al artículo 97 CC , que contempla como supuesto de hecho la realidad de la ruptura de una relación estable, permitiendo, en este reducido ámbito, afirmar la similitud relativa que justifica el método de integración, sin necesidad de sostener la semejanza entre dos instituciones que son distintas en abstracto y, normalmente, en la voluntad de los propios interesados.

De aquí que la aplicación de una regla prevista para las consecuencias de la ruptura matrimonial, como es la pensión compensatoria, no significa necesariamente aplicar analógicamente las reglas del matrimonio, ni tampoco las del enriquecimiento injustificado. Existen tres razones para llegar a esta conclusión:

a) Que solo se contempla la ruptura del matrimonio o la disolución de la unión de hecho.



b) Que existe una semejanza evidente entre la ruptura del matrimonio y la disolución de la unión de hecho, aunque hay una diferencia esencial: la falta de régimen económico en estas situaciones no formales, que sin embargo, puede semejarse al caso que se haya pactado un régimen de separación de bienes.

c) Que la compensación, independientemente del enriquecimiento injustificado, está ya contemplada en otros supuestos, además del artículo 97 CC : el artículo 98 CC que aplica el mismo principio de compensación en la nulidad del matrimonio, es decir cuando no ha habido relación matrimonial por concurrir causa de nulidad, y el artículo 1438 CC cuando existe régimen de separación de bienes, es decir, falta de comunidad o lo que es lo mismo, lo más parecido a la falta de régimen.

QUINTO. En todos los casos regulados en las disposiciones citadas hay tres elementos que existen también en las situaciones de uniones de hecho y que son: a) la cesación de la convivencia; b) el posible perjuicio que esta cesación produce en una de las partes de la relación, ya sea matrimonial o no matrimonial, y c) la comparación de la situación resultante con la existente durante el matrimonio o la convivencia de hecho. Sólo cuando se den estas circunstancias podrá acordarse la compensación.

Estos requerimientos no deben confundirse con los que esta Sala ha exigido reiteradamente como requisitos del enriquecimiento injustificado, que se han manifestado en diversas sentencias y que, como ejemplo decisivo en su aplicación a la ruptura de las relaciones de hecho, se repiten y analizan de forma muy exacta en la sentencia de 11 de diciembre de 1992 y que debemos recordar aquí: 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 de tal principio.

Los requisitos del enriquecimiento, pues, difieren substancialmente de los que el Código civil exige en los artículos 97 y 1438 para que pueda operar la compensación. Y aunque no negamos que puedan existir casos en los que la convivencia haya producido un enriquecimiento que pueda calificarse de injustificado, pensamos que no deben confundirse los dos institutos: a) la compensación por el perjuicio que la ruptura produce en una de las partes de la unión, se refiere sólo a la comparación entre la situación mantenida durante la convivencia y la que produce la ruptura misma; no supone aumentos patrimoniales y puede concurrir, por ejemplo, entre otros, en los casos de pérdida de costos de oportunidad. Concurriendo estos requisitos, podría aplicarse a la ruptura de la pareja de hecho por analogía con el régimen previsto para la ruptura del matrimonio en el artículo 97 Código civil ; b) En cambio, el enriquecimiento injustificado supone un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro y puede llegar a producirse si concurren los requisitos que esta Sala ha exigido de forma uniforme y reiterada en numerosa jurisprudencia, de manera que sólo si concurren estas exigencias podrá acordarse la indemnización por este título.

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, siendo así que deben ser distinguidos por los argumentos que se han formulado, estando de acuerdo, como hemos dicho al inicio de este voto particular, con el fallo, porque consideramos que, de la prueba aportada en los autos, no puede deducirse que concurren los requisitos para que pueda otorgarse la compensación pedida.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.