

# DICTAMEN

## Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho (\*)

MIQUEL MARTÍN CASALS  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Girona

**SUMARIO:** 1. ANTECEDENTES. 1.1. Los denominados «Registros Municipales de Uniones Civiles». 1.2. Las Proposiciones de Ley sobre las parejas de hecho. 1.3. Algunos datos sobre la pareja de hecho. 2. PAISES SIN REGULACION ESPECIFICA. 2.1. Francia. A. Derecho público. a) Derecho social. b) Derecho fiscal. B. Derecho privado. a) Relaciones con terceros. (aa) Subrogación en el arrendamiento de la vivienda. (bb) Indemnizaciones por muerte del conviviente de hecho. b) Relaciones entre los convivientes de hecho. 2.2. Italia. A. Derecho público. a) Derecho social. b) Derecho fiscal. c) Otros sectores. B. Derecho privado. a) Relaciones con terceros. (aa) Subrogación en el arrendamiento de vivienda. (bb) Indemnizaciones por muerte del conviviente de hecho. b) Relaciones entre los convivientes de hecho. 2.3. Inglaterra. A. Derecho público. a) Derecho social. b) Derecho fiscal. c) Otros sectores. B. Derecho privado. a) Relaciones con terceros. (aa) Subrogación en el arrendamiento de vivienda. (bb) Indemnizaciones por muerte. b) Relaciones entre los convivientes de hecho. (aa) Derechos sucesorios del conviviente supérstite. 2.4. Alemania. A. Derecho público. a) Derecho social. b) Derecho fiscal. c) Otros sectores. B. Derecho privado. a) Relaciones con terceros. (aa) La vivienda arrendada. (i) Titularidad conjunta de los convivientes. (ii) Titularidad exclusiva de uno de los convivientes. (bb) Indemnizaciones por muerte. b) Relaciones entre los convivientes de hecho. (aa) En particular, la vivienda en propiedad. (bb) En particular, los bienes del ajuar doméstico. (cc) Derechos sucesorios del conviviente supérstite. 3. PAISES CON REGULACION ESPECIFICA. 3.1. Suecia. A. Antecedentes. B. La Ley

---

(\*) Este trabajo tiene su origen en un informe del mismo nombre elaborado por encargo del *Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya*, que fue entregado a primeros de junio de 1995. Para su reelaboración se contó con el apoyo de la *Universitat de Girona* y de la CICYT. A todos ellos, gracias. En todo caso, *las opiniones que en él se manifiestan reflejan exclusivamente las de su autor.*

(1987:232) sobre el hogar común de los convivientes de hecho. a) Ambito de aplicación. aa) Ambito personal. (bb) Ambito material: bienes comprendidos. b) Régimen de la vivienda y del ajuar doméstico. (aa) Límites a la libertad de disposición. (bb) División y liquidación de los bienes. (cc) El derecho a continuar en la vivienda común. 3.2. Australia. A. Antecedentes. B. La regulación de Nueva Gales del Sur. a) Requisitos para que exista «pareja de hecho». b) La compensación patrimonial. (aa) La compensación de patrimonio («property») en sentido estricto. (bb) La compensación de medios: la pensión compensatoria. c) La pensión alimenticia. d) Otros aspectos: el cese de la convivencia de hecho por muerte. (aa) Derechos hereditarios del conviviente supérstite. (bb) Derecho a obtener una pensión con cargo a la herencia. (cc) Indemnizaciones por causa de muerte. (dd) Pensiones de viudedad. 3.3. Canadá. A. Antecedentes y figuras generales. a) El recurso a las figuras generales en las jurisdicciones del *Common Law*. (aa) El *constructive trust*. (bb) El *resulting trust*. (cc) La doctrina del *Quantum meruit*. b) El recurso a las figuras generales en la jurisdicción del *Civil Law*. B. Las soluciones legislativas. En especial, la regulación de Ontario. a) Requisitos para que exista «pareja de hecho». b) La pensión compensatoria. c) La atribución del uso de la vivienda familiar. 4. EPILOGO: ALGUNAS LINEAS GENERALES DE UNA POSIBLE REGULACION CATALANA. 4.1. Pleno respeto a la libertad matrimonial. 4.2. La división y la distribución de los bienes adquiridos por ambos convivientes. 4.3. La compensación de las contribuciones económicas indirectas y de la dedicación al hogar y a los hijos para evitar el enriquecimiento injustificado. 4.4. La exclusión de pensiones alimenticias. 5. BIBLIOGRAFIA CITADA.

## 1. ANTECEDENTES

A principios de 1994, el Tribunal constitucional resolvió el recurso de amparo presentado por una mujer que había convivido 55 años sin contraer matrimonio y a quien tras la muerte de su compañero le fue denegada la pensión de viudedad que solicitaba; ambos convivientes eran solteros, habían tenido hijos a los que habían dado sus apellidos, pero no se habían casado por el rechazo que la institución matrimonial —por sus profundas convicciones anarquistas— había provocado desde siempre al conviviente premuerto. La STC 66/1994, de 28 de febrero —que negó el amparo— reiteraba la doctrina tradicional del Tribunal, según la cual no son necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE ni con el principio de igualdad las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato diferente y más favorable a la unión familiar que a otras unidades de convivencia, ni tampoco aquellas otras que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre que con ello no se coarte ni se pongan dificultades irrazonables al hombre y a la mujer que deciden convivir *more uxorio*. El alto

tribunal añadía que «no cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer vínculo matrimonial» (1).

La sentencia reavivó el debate sobre la convivencia de hecho y, junto a numerosos artículos periodísticos, provocó dos fenómenos que conviene mencionar: la eclosión de Plenos municipales que aprobaban entusiásticamente los llamados *Registros Municipales de Uniones Civiles* y la presentación en el Parlamento de Cataluña de dos proposiciones de Ley que, afortunadamente, nunca llegaron a convertirse en Ley. A ambos fenómenos me voy a referir brevemente, centrándome en todo caso en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

### 1.1. Los denominados «Registros Municipales de Uniones Civiles»

De marzo a setiembre de 1994 se adoptaron acuerdos para la creación de *Registros Municipales de Uniones Civiles* en al menos 22 municipios de Cataluña (2).

El principal argumento que se aducía para su creación era «... la inquietud social que ha surgido últimamente respecto a que las parejas de hecho vean garantizado su derecho a la no discriminación social con base a lo que establece el art. 14 de la Constitución española». Los acuerdos que crean los registros parten aparentemente de dos modelos que van corriendo de municipio en municipio y se observan en su redacción síntomas evidentes de precipitación cuando no de verdadera chapuza jurídica. En ocasiones, establecen los requisitos para poder registrarse como pareja de hecho, en otras prefieren señalar que éstos se establecerán reglamentariamente y, finalmente, en otras olvidan algunos de los que podrían ser más elementales, como por ejemplo estar empadronado en el municipio en el que se pretende realizar la inscripción; por regla general, requieren que aquellas personas que quieran inscribirse sean mayores de edad o menores emancipados, y establecen que tendrán acceso al registro tanto las parejas heterosexuales como las del mismo sexo. También suelen impedir que se puedan inscribir

---

(1) STC 66/1994, de 28 de febrero, Sala Segunda, Ponente Luis López Guerra, BOE núm. 71, 24-3-1994, FJ 3.º.

(2) De los que el autor de este trabajo ha tenido conocimiento, por orden alfabético y con indicación de la fecha de adopción del acuerdo: Amposta (30-05-1994); Cadaqués (25-07-1994); Calldetenes (31-05-1994); Castellbisbal (30-05-1994); Esplugues (21-07-1994); Igualada (19-04-1994); La Llagosta (28-04-1994); La Sènia (4-07-1994); Martorelles (25-04-1994); Parets del Vallès (13-05-1994); Polinya (12-05-1994); Prat de Llobregat (02-06-1994); Sabadell (30-03-1994); Sant Feliu de Llobregat (26-05-1994); Sant Sadurní d'Anoia (29-04-1994); Santa María de Palau Tordera (28-04-1994); Tàrraga (5-05-1994); Torelló (5-07-1994); Torroella de Montgrí (28-04-1994); Ulldecona (16-05-1994); Vacarisses (6-05-1994) y Vilasar de Mar (21-07-1994).

los parientes por consanguinidad, sin indicar el grado o bien indicando que en la línea colateral la prohibición llega hasta el segundo grado. A veces exigen un período de convivencia previa de dos años, otras que no haya vínculo matrimonial subsistente; en alguna ocasión llega a afirmarse, sin más, que el acceso al registro se extenderá a aquellas personas «que no tengan relaciones matrimoniales sino de convivencia». No es necesario insistir en que tales registros no establecen ninguna relación con el Registro Civil ni tampoco entre ellos mismos, con lo cual pueden no sólo publicar algo que sea contrario a lo que consta en aquél sino permitir que quien hoy se inscribe en un registro como pareja de hecho con su vecina pueda ir mañana a otro municipio a inscribirse con su sobrina y, pasado mañana, a un tercero para hacerlo con su propia mujer, sin necesidad de haberse dado de baja ni del primero ni del segundo y, tal vez, sin necesidad de estar empadronado en ninguno de los tres municipios.

¿Hubiera sido conveniente recordar a los ilustres munícipes que las cuestiones relacionadas con el estado civil de las personas se han inscrito tradicionalmente en el Registro Civil, registro que —como es bien sabido— es muy complejo y que, aunque se pueda estar de acuerdo en que podría incluir nuevas figuras, es más que respetable? ¿Acaso también que el art. 325 CC aún dice que los actos relativos al estado civil de las personas se harán constar en el Registro destinado a este efecto y que, de acuerdo con el art. 1 LRC, este registro es el Registro Civil en el que «...se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina la Ley»? Un estudiante de los primeros cursos de cualquiera de las múltiples Facultades de Derecho que existen en nuestra vasta geografía sabe perfectamente que con ello se pretende dar seguridad y certeza al tráfico jurídico en el que la eficacia de los actos y de los negocios jurídicos depende fundamentalmente del estado civil de las personas, en la medida en que determina su capacidad de obrar; que por esas razones, se inscribe en el Registro Civil la celebración del matrimonio y, a su margen, las sentencias sobre divorcio, nulidad y separación matrimonial (arts. 69 y 76 LRC); que la inscripción constituye la prueba de los hechos inscritos (art. 2 LRC) y da fe de aquello que en ella consta; que constituye también título de legitimación del estado civil, que hace posible el ejercicio de las facultades y derechos que forman su contenido y, finalmente, que el Registro es público (art. 6 I LRC) y ampara a aquellos terceros que actúen en la confianza de lo que publica.

Dadas esas circunstancias, resulta obvio que la acreditación o presunción de la situación de pareja de hecho no puede hacerse al margen del Registro Civil o, al menos, mediante la inscripción en un registro que ignore su existencia. El establecimiento de esos registros y su necesaria coordinación con el Registro Civil no dejan de ser problemáticas:

a) En primer lugar, porque de acuerdo con el art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE, parece que la potestad legislativa en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos está reservada en exclusiva al Estado.

b) En segundo lugar —y si por alguna razón que no se me alcanza pudiera superarse la primera dificultad— porque la coexistencia de unos registros relativos a la pareja de hecho con el Registro Civil no podría permitir que dos registros oficiales diferentes proclamasen realidades contradictorias. Una situación de ese tipo minaría gravemente la seguridad del tráfico jurídico y la función de protección de terceros que ejerce el Registro.

Parece claro, pues, que esos pretendidos registros municipales, a imitación de los que en momentos de exaltación han proliferado en otros países —como en el caso de Francia— tienen un valor puramente testimonial y simbólico y no resisten el más mínimo análisis jurídico. Esas mismas consideraciones son aplicables a los dos Proposiciones de Ley que fueron presentadas en el Parlamento de Cataluña en 1994.

## 1.2. Las Proposiciones de Ley sobre las parejas de hecho

En 1994 se presentaron en el Parlamento de Cataluña las Proposiciones de Ley del Grupo Parlamentario de *Iniciativa per Catalunya* (en adelante, PIC) y del *Grup Socialista* (en adelante, PGS) con el propósito de regular las relaciones de la pareja de hecho (3). En la práctica, ambas proposiciones venían a regular una especie de matrimonio aforal que creaba un nuevo status entre los convivientes y que, sin temor a equivocarse, podía considerarse como una suerte de matrimonio paralelo y de segunda clase.

Antes de entrar en consideraciones sobre ese nuevo tipo de matrimonio, debe apuntarse la duda de si la Generalidad de Cataluña hubiera tenido competencia para regularlo. Como es conocido, en el marco de competencias legislativas establecido por el art. 149.1 8.<sup>a</sup> CE y el art. 9.2 EAC, relativo a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán, quedan excluidas las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio». El artículo ha sido objeto de diversas interpretaciones. Según la que más restringiría la competencias del Parlamento de Cataluña, reservaría al Estado la competencia exclusiva de todo aquello que afecta a las relaciones personales entre cónyuges, mientras que el *Parlament* sólo podría legislar en los aspectos patrimoniales de la relación conyugal. Según la interpretación más amplia, también discutible, más favorable a la competencia legislativa del Parlamento de Cataluña y sostenida por algún sector de la doctrina catalana, la competencia del Estado se limitaría a la constitución del vínculo conyugal y la expresión «formas del matrimonio» se referiría a la

---

(3) *Proposició de Llei de les parelles de fet*, presentada por el Grupo parlamentario de *Iniciativa per Catalunya* (BOPC núm. 228, 16-5-1994, p. 14484-14485) y *Proposició reguladora de les parelles de fet*, presentada por el *Grup Socialista al Parlament de Catalunya* (BOPC núm. 260, 27-9-1994, p. 16409-16412).

celebración del matrimonio en forma civil y en forma religiosa y a la inscripción de una y otra forma en el Registro Civil.

A la duda competencial, debe añadirse que el derecho a casarse establecido en la Constitución comporta también el derecho a no hacerlo. El art. 32 CE atribuye al Estado una especial protección del matrimonio que no puede exigir la pareja de hecho porque precisamente no es o no puede ser matrimonio. En este sentido, el art. 32 CE justifica un trato diferenciado del matrimonio y de la pareja de hecho que es perfectamente compatible con el principio de igualdad establecido en el art. 14 CE. Ello no significa que el art. 32 CE impida que se puedan dictar normas para las parejas de hecho u otras relaciones análogas; de todos modos, la libertad matrimonial (art. 32.1 CE) y el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) exigen una cierta prudencia en la regulación que se establezca para evitar que el conviviente de hecho se encuentre inmerso, de modo insospechado, dentro de las relaciones propias de un matrimonio que no ha deseado.

En efecto. El art. 32 CE reconoce el derecho a contraer matrimonio (*ius connubii*) con carácter de regla que vincula a todos los poderes públicos, y su desarrollo —que está reservado a la Ley— debe respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE).

Ese derecho tiene un aspecto de libertad positiva: impide que el legislador ordinario pueda poner obstáculos irrazonables, dilaciones innecesarias o costos excesivos a su realización; le impide también que pueda condicionar la celebración del matrimonio a requisitos personales, sociales o económicos que no estén directamente relacionados con datos fundamentalmente biológicos y físicos, como por ejemplo la edad o la capacidad; finalmente, impide que pueda asociar al matrimonio la aplicación de sanciones o consecuencias jurídicas perjudiciales y discriminatorias.

Como otra cara de la moneda, ese derecho tiene también un aspecto de libertad negativa o, dicho de un modo más llano: contraer matrimonio es un derecho, no un deber u obligación. La proposiciones de Ley presentadas vinculaban al mero hecho de la convivencia, mantenida durante un tiempo determinado, todos los efectos propios del matrimonio; incluso, al establecer que la suerte de matrimonio aformal que pretendían regular se imponía por el simple hecho de tener un hijo (art. 1 PIC y art. 1 PGS) resucitaban de algún modo el antiguo matrimonio del raptor, en una versión remozada que lo ponía al día. Al no vincular a ninguna declaración de voluntad los efectos que establecían (arts. 1 y 2 PIC y PGS), dichas proposiciones eran necesariamente contrarias al principio de libertad matrimonial contenido en el art. 32 CE; al tener unos efectos que se imponían con independencia de la voluntad de los convivientes (art. 5 II PIC y art. 4 II PGS), creaban una especie de «matrimonio a la fuerza», también contrario al principio de libre desarrollo de la personalidad establecido en el art. 10 CE.

Probablemente, para conseguir ese resultado ni tan sólo era necesaria una regulación de la extensión de las que se proponían. Habría bastado un solo artículo que hubiera dicho que las parejas de hecho se equiparaban a las matrimoniales.

No obstante, no parece que fuera ese el propósito de las proposiciones de Ley que se presentaban; parecía más bien que quisieran crear una nueva forma de matrimonio que gozara de los mismos efectos mientras se mantenía la convivencia, pero sin los inconvenientes de someterlo al enojoso trámite de un divorcio en caso de que se quisiera disolver la unión.

En un análisis algo más detallado de las propuestas de regulación, puede observarse que lo que pretendían era convertir la pareja de hecho en un fenómeno que fuera a la vez espejo y espejismo del matrimonio. Pareja de hecho y matrimonio estaban cortados por el mismo patrón y, por ello —y al igual que las parejas matrimoniales— las parejas de hecho se hallaban con:

a) limitaciones del poder de disposición de la vivienda habitual y de sus muebles de uso ordinario (art. 6 PIC y art. 5 PGS) (equivalentes a lo que dispone el art. 9 de la Compilación catalana (CDCC) para las parejas matrimoniales);

b) deberes de contribución a los «gastos convivenciales» (art. 6 PGS) y posible compensación al conviviente menos favorecido (art. 9 PIC y art. 6.3 II PGS) (equivalentes a lo que disponen los arts. 8.3 y 23 CDCC para las parejas matrimoniales);

c) ejercicio de la potestad doméstica (arts. 6.6 y 6.7 PGS) (equivalente, éste último, al art. 8.4 CDCC);

d) libertad de contratación y una especie de presunción muciana (art. 7 PGS) (equivalente al art. 18 CDCC);

e) posibilidad de pactar compraventas con pacto de sobrevivencia (art. 8 PGS) (equivalente a los arts. 24 y 25 CDCC);

f) usufructo viudal (art. 8 PIC y art. 9 PGS) (equivalentes al art. 331 CS);

g) *any de plor* (art. 8 PIC y art. 12 PGS) (equivalentes al art. 11 CDCC);

h) cuarta viudal (art. 14 PGS) (equivalente a los arts. 379 y siguientes CS);

i) atribución de los bienes del ajuar doméstico (art. 7 PIC y art. 13 PGS) (equivalentes al art. 10 CDCC);

j) derechos en la sucesión intestada (art. 13 PIC y art. 10 PGS) (equivalentes a los arts 322 y siguientes CS), etc.

Uno de los principales problemas que planteaba el intento de regulación era la definición de la pareja de hecho. Así, por ejemplo, el art. 1 PIC prescindía de toda definición y hablaba únicamente de «la pareja que haya convivido en unión estable», con lo cual, al no indicar ni siquiera que se refería a «personas», podía predicarse de la unión de

cualquier tipo de seres vivos susceptibles de convivir; el art. 1 PGS, en cambio, definía la pareja de hecho como la «formada por aquella persona que convive maritalmente o en una relación análoga de afectividad con otra persona...». Esta segunda definición, que tiene una cierta semejanza con la que se incorpora en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos (4), podía parecer que incluía, además de las parejas heterosexuales, a la parejas homosexuales, las parejas del mismo o de otro sexo que forman personas de la tercera edad para procurarse atención y compañía mutuas, tal vez también las formadas por aquellas personas relacionadas por vínculos de parentesco muy cercanos y, en general, todas aquellas situaciones imaginables en que pudiera existir una relación de afectividad análoga al matrimonio. Sorprende, como mínimo, que ese abanico de situaciones tan distintas se quisiera regular unitariamente y reproduciendo, además, la regulación del matrimonio. Como se verá en el núcleo central de este trabajo, tanto un extremo como el otro no tienen precedentes de Derecho comparado en los países de nuestro ámbito cultural.

Debe tenerse presente que, incluso en la situación nuclear de la pareja de hecho, es decir, la formada por un hombre y una mujer que constituyen una unión análoga a la de un matrimonio al que sólo le falta la celebración formal, se parte de situaciones muy diversas. Esa pareja puede estar constituida por personas sin vínculo matrimonial previo o por personas que, una de ellas o ambas, ya han contraído un matrimonio que aún no se ha disuelto, y que se puede encontrar en un estadio de separación judicial o de hecho. Las regulaciones propuestas podían crear por ello conflictos irresolubles entre el conviviente de la pareja de hecho que está casado, su cónyuge y el otro conviviente de hecho y, al otorgar un trato más favorable a las parejas de hecho, podían comportar también una discriminación en contra de las parejas matrimoniales. Por poner sólo algunos ejemplos:

a) El art. 25.1.3r. CDCC prevé que en las compraventas con pacto de sobrevivencia el pacto será ineficaz «cuando se declare la nulidad del matrimonio, la separación judicial o el divorcio», con lo cual, según el art. 8 PGS —que lo extendía a la pareja de hecho— el cónyuge separado de hecho que conviviera como pareja de hecho con otra persona hubiera podido mantener situaciones de compraventa con pacto de sobrevivencia tanto con su cónyuge como con su conviviente pareja de hecho.

---

(4) La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de *Arrendamientos Urbanos*, habla de «...persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual» (art. 12.4, 16.1.b) y art. 24.1), con lo cual incluye también las parejas homosexuales pero parece excluir otros modos de convivencia que estén al margen de todo tipo de relación sexual.

b) Una situación análoga se podía dar en relación con la cuarta viudal prevista para la pareja de hecho (art. 14 PGS). El cónyuge sobreviviente que se hubiera hallado conviviendo de hecho con otra persona hubiera tenido derecho a detraer la cuarta viudal tanto en la sucesión de su cónyuge como en la de su conviviente de hecho, siempre que hubiera resultado que estaba separado de su cónyuge judicialmente o de hecho por una causa que no le era exclusivamente imputable a él (art. 381.1r. CS, a contrario).

c) Una situación parecida se hubiera dado también en la sucesión intestada del cónyuge viudo por parte del cónyuge supérstite que venía conviviendo de hecho con otra persona, siempre que éste no estuviera separado de hecho de su cónyuge «por consentimiento mútuo expresado formalmente o por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio» (art. 334.2.<sup>a</sup> CS). Como quiera que el simple cese de la convivencia no es causa de divorcio hasta transcurridos cinco años (art. 86.4.<sup>a</sup> CC), el cónyuge sobreviviente que antes de ese plazo hubiera constituido una pareja de hecho (durante dos —art. 1 PGS— o tres —art. 1 PIC— años, o de «manera automática» al haber tenido un hijo) hubiera podido tener derecho a suceder tanto a su cónyuge como a su conviviente de hecho (arts. 13 PIC y art. 10 PGS). A la inversa, si quien hubiera convivido en una unión de hecho hubiera sido el cónyuge premuerto, el art. 13 PIC, al no regular esa situación, presuponía la concurrencia del conviviente de hecho con el cónyuge en la sucesión intestada. Debe reconocerse que el art. 10 PGS salvaba esa situación de conflicto («siempre que no sea llamado el cónyuge viudo en los casos previstos por la Ley»), pero no evitaba la primera situación de doble sucesión.

Ambas proposiciones de Ley establecían que la convivencia se podía acreditar «por cualquier medio admitido en derecho» y que la inscripción «en cualquier registro público creado al efecto» era un medio más de acreditación (art. 2 PGS) o presuponía «la existencia de pareja de hecho» (art. 2 PIC). Con esas normas, de gran impericia técnica, se pretendía legitimar a golpe de precepto legal la alocada actuación de aquellos Ayuntamientos que de manera precipitada habían creado los registros antes mencionados. Resulta obvio que la acreditación o presunción de la situación de pareja de hecho no se puede hacer mediante la inscripción «en cualquier registro público» que ignore la existencia del Registro Civil. Por otra parte, si la situación de pareja de hecho se hubiera podido acreditar «por cualquier medio admitido en derecho, incluido la inscripción en cualquier registro público creado al efecto» (art. 2 PGS), la inscripción en el Registro Civil hubiera perdido su carácter de título de legitimación y de título de prueba privilegiado, así como su función de protección a terceros, con lo cual, al poder contradecirse sus inscripciones por cualquier otro medio de prueba, hubiera dejado de tener sentido.

### 1.3. Algunos datos sobre la pareja de hecho

A modo de colofón de esta introducción, conviene apuntar algunos datos estadísticos sobre el alcance del fenómeno de la pareja de hecho.

En el ámbito europeo los datos en materia de convivencia de hecho tienden a ser escasos y derivan normalmente de encuestas llevadas a cabo para elaborar informes (5); a pesar de esa circunstancia, KIERNAN y ESTAUGH consideran que se puede establecer una división de los países europeos en tres grupos, según si la convivencia de hecho se encuentra consolidada, es un fenómeno emergente, o se halla todavía poco extendido:

a) Dentro del primer grupo de países se encuentran Suecia, Dinamarca e Islandia; en este grupo la convivencia de hecho llega a constituir la mayor parte de las uniones existentes entre convivientes jóvenes (p. ej., en Suecia, el 90% de uniones entre jóvenes de 16 a 19 años en 1989), y disminuye muy sensiblemente a medida que aumenta la edad de los convivientes (p. ej., en Suecia sólo el 21% entre los 35 y 39 años). Tiene, por esta razón, un carácter de convivencia prematrimonial. En Suecia casi el 50% de los hijos nacen de uniones de hecho, si bien la mayor parte de las parejas contraen matrimonio después de haber tenido uno o dos hijos (6).

b) En los países del segundo grupo (como por ejemplo Alemania, Austria, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Holanda y Noruega) se concibe la convivencia de hecho como una fase de corta duración —y, normalmente, sin hijos— que acostumbra a preceder al matrimonio. Así, por ejemplo, la duración media de esas uniones es de tres años en Francia y de dos en la Gran Bretaña, y el porcentaje de uniones de hecho es inferior al 10% de todas las uniones entre convivientes de 30 o más años, a excepción de Finlandia (12%).

c) Finalmente, en relación a los países del tercer grupo, en el que se sitúa España junto a Grecia, Irlanda, Italia, Portugal y países del Este, los datos estadísticos son muy escasos y se estima que el porcentaje de uniones de hecho es sensiblemente inferior (7).

En relación a España es difícil disponer de datos fiables sobre el peso específico de la pareja de hecho como forma de convivencia. A la dificultad de definir qué se entiende por pareja de hecho se añade la imperfección de los datos estadísticos. Así, el Anuario de 1993 del Ins-

---

(5) Kathleen E. KIERNAN/Valerie ESTAUGH, *Cohabitation. Extra-marital child-bearing and social policy*, London, Family Policy Studies Center, 1993, p. 61.

(6) Cfr. KIERNAN/ESTAUGH, *Cohabitation. Extra-marital childbearing and social policy*, cit., p. 61 y ss., en especial la Tabla 9.1 de la página 61.

(7) Cfr. KIERNAN/ESTAUGH, *Cohabitation. Extra-marital childbearing and social policy*, cit., p. 62.

tituto Nacional de Estadística nos indica en la clasificación de la población censal por estado civil (p. 84, nota 2) que en los censos de 1960, 1970 y 1981 se computaron como casadas las personas unidas de hecho de forma estable, mientras que hasta 1950 y, de nuevo, en el año 1991, se incluían únicamente las casadas legalmente.

Mucho más completos son los datos elaborados por el *Institut d'Estadística de Catalunya*, a petición del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, a partir del censo de población de 1991 (8), que aquí, de modo muy simplificado, se dividen en tres bloques:

## Parejas matrimoniales y no matrimoniales en Cataluña

Datos extraídos del Censo de 1991

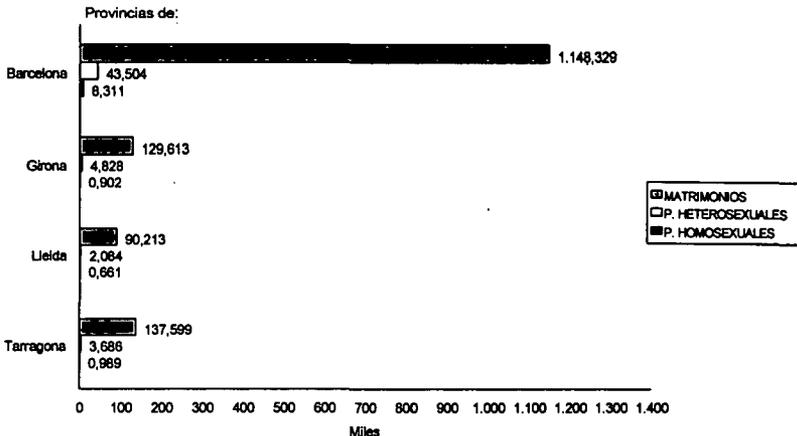


Figura 1

1) En un primer bloque, a partir de la información contenida en el censo de la población de 1991, se indica el número de parejas matrimoniales existentes en Cataluña, distribuidas por provincias.

2) En un segundo bloque, a partir del tratamiento estadístico de la información censal, se hace una aproximación a los núcleos de parejas formados por personas de distinto sexo y no casadas entre sí que conviven en Cataluña. Esta aproximación se refiere a los hogares en los que la persona «principal» y la persona que se ha declarado como «cónyuge o pareja» no han declarado que estaban casadas entre sí,

(8) Los datos se hallan en poder del autor de este trabajo aunque, al parecer, no han sido publicados.

mientras que, por otra parte, consta el estado civil de cada uno de los declarantes como solteros, casados, separados, divorciados o viudos. En ese sentido —y con todas las prevenciones necesarias— debe subrayarse que se trata de lo que se ha declarado en el cuestionario que se rellena por respuesta directa del informante y sin que, por lo tanto, haya existido ningún tipo de contraste con el documento nacional de identidad ni ningún otro documento oficial.

3) Finalmente, en un tercer bloque, también a partir del tratamiento estadístico del Censo de población de 1991, se hace una aproximación a los núcleos de parejas formados por personas del mismo sexo en los que la persona «principal» y la persona «cónyuge o pareja» se han declarado del mismo sexo en el cuestionario censal. Aquí también es obligado recordar que se trata del sexo que se ha declarado en el cuestionario que se rellena por respuesta directa, y que esa respuesta no ha sido objeto de ningún tipo de contraste con documentos oficiales.

Según los datos anteriores (que se pueden apreciar mejor en la Figura 2), existían en Cataluña en 1991 54.102 parejas que habían declarado estar formadas por personas de distinto sexo y 10.863 que habían declarado estar formadas por personas del mismo sexo. De esta segunda cifra, 4.750 (el 43,7%) eran parejas formadas por hombres y 6.113 (el 56,3%) eran parejas formadas por mujeres.

## Parejas de hecho heterosexuales y homosexuales en Cataluña

Datos extraídos del Censo de 1991

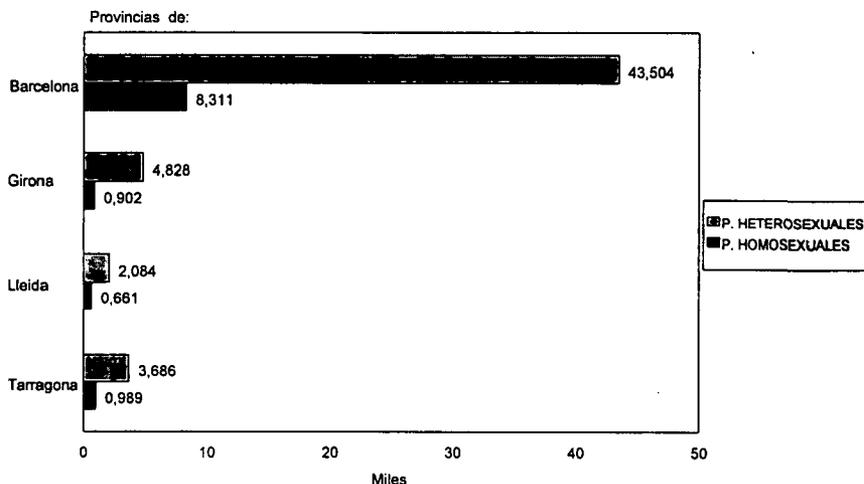


Figura 2

Según esos datos, existía en 1991 por cada mil habitantes de Cataluña una tasa de 8,83 parejas formadas por personas de distinto sexo y de 1,79 parejas formadas por personas del mismo sexo, lo cual representa exactamente el doble de personas (108.204 personas, equivalentes a una tasa del 17,66 por mil habitantes y 21.726 personas, equivalentes a una tasa del 3,58 por mil habitantes, respectivamente). En relación al total de parejas existentes, según los datos que se reflejan en las figuras 1 y 2, el número de parejas formadas por personas de distinto sexo era del 3,46%, mientras que el de parejas de personas del mismo sexo era del 0,69%.

### Parejas de hecho heterosexuales en Cataluña por grupos de edad

Datos extraídos del Censo de 1991

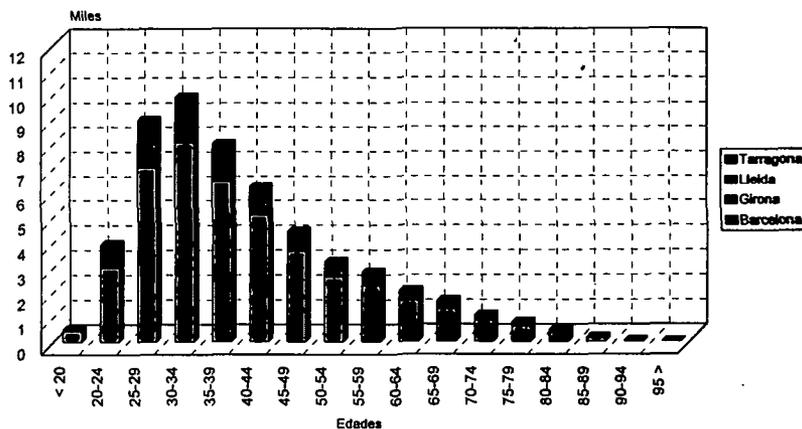


Figura 3

Finalmente, si en relación a las parejas de hecho de distinto sexo se analiza como se distribuyen por grupos de edad, puede comprobarse que el grupo de edad más numeroso es el de personas entre los 25 y los 29 años, seguido del grupo comprendido entre los 30 y los 34 años, y con el grupo de personas entre los 35 y 39 años situado en tercer lugar. De aquí resulta que 26.854 parejas (es decir, el 49,63%) las componen personas comprendidas entre los 25 y los 39 años y, como también puede comprobarse, la disminución en edades más avanzadas es muy considerable.

La problemática de la pareja de hecho heterosexual y la de la homosexual es muy distinta, entre otras muchas razones, tan sólo porque el argumento de que existe ya una institución paralela reconocida por

el Estado no puede utilizarse en relación a esta última. Por esa razón, en este trabajo se pretende abordar el estudio de la regulación de ese primer tipo de unión y sólo ocasionalmente se apuntan referencias relativas al segundo. En la línea de otros trabajos clásicos (9), y aunque de modo mucho más modesto, se pretende analizar en el apartado siguiente las líneas generales del trato jurídico que recibe la pareja de hecho en algunos países europeos que no cuentan con una legislación específica (Francia, Italia, Inglaterra y Alemania), para tratar en un apartado posterior —y antes de unas breves reflexiones que, a modo de epílogo, cierran este trabajo— algunas de las regulaciones específicas que el autor considera más significativas (Suecia, Australia, en especial la de Nueva Gales del Sur, y Canadá, en especial la de Ontario).

## 2. PAISES SIN REGULACION ESPECIFICA

### 2.1. Francia

Tradicionalmente, las uniones compuestas por convivientes de hecho se han denominado en Francia *concubinage*; más modernamente, esta denominación —que pone el acento sobre el elemento material, el *cum cubare*— ha sido sustituida por la de *unión libre*, que hace recaer el acento en el elemento intencional de una unión sin formalidades y, sobre todo, sin un vínculo, lo cual permite que pueda ser rota libremente.

Entre los diversos tipos de convivencia de hecho, la forma que actualmente se halla en mayor expansión es la convivencia prematrimonial («matrimonio a prueba»), en la que suele reservarse la celebración del matrimonio a una edad más avanzada y, principalmente, al momento en el que la pareja tiene un hijo. Así, por ejemplo, de los aproximadamente 280.000 matrimonios contraidos en Francia en 1991, 70.000 o, lo que es lo mismo, uno de cada cuatro, eran de parejas con un hijo como mínimo. No obstante, en los últimos años se observa una tendencia de los convivientes de hecho a excluir el matrimonio incluso en los

---

(9) Por su concisión y profundidad, la mejor visión general comparada continúa siendo, a pesar de los años transcurridos en una materia tan cambiante, la de Mary Ann GLENDON, *The Transformation of Family Law. State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago/London, University of Chicago Press, 1989, p. 252-290. Muy notables, también, las diversas recopilaciones dirigidas por Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, como *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques*, París, CNRS, 1989 y *Les concubinages dans le monde*, París, CNRS, 1990. No obstante, y a pesar de la valiosa guía de esas aportaciones, para la confección de este trabajo se ha preferido el análisis de los materiales legislativos y jurisprudenciales de los diversos países y de su respectiva bibliografía general y específica.

casos de superveniencia de hijos, lo cual se traduce en una cierta desafección a la institución matrimonial y comporta un incremento del número de nacimientos de hijos no matrimoniales. Así, según se afirma, entre los convivientes actuales sólo un 45% tiene la intención de contraer matrimonio; ello, unido al hecho de que el 30% del total mantiene una convivencia estable por un período de más de 5 años, muestra una tendencia clara al incremento del número de convivientes de hecho. Se constata, además, una disminución de las intenciones de volver a contraer matrimonio entre los cónyuges divorciados: así, mientras que entre 1950 y 1960 un 80% de los divorciados volvió a contraer matrimonio, a mediados de los años 80 la cifra se redujo hasta el 40% y llegó a ser inferior al 20% en 1990 (10). Por consiguiente, también en buen número de cónyuges divorciados que vuelven a establecer una nueva relación sin contraer matrimonio pasan a engrosar el colectivo de parejas de hecho.

Debe destacarse que en Francia por pareja de hecho se entiende únicamente la pareja heterosexual. En este sentido, el Tribunal de Casación francés ha declarado que, a los efectos que le pueda atribuir el ordenamiento, por *concubinage* se entiende únicamente la situación «de dos personas que hayan decidido vivir como esposos pero sin unirse en matrimonio, lo cual sólo puede referirse a la pareja constituida por un hombre y una mujer» (11). A pesar de ello, la Asamblea Nacional, con ocasión de una reforma puntual del Derecho de familia, aprobó en diciembre de 1992 la regulación de un «contrato de unión civil», dirigida principalmente a las parejas homosexuales, que no llegó a convertirse en Ley por la oposición del Consejo de Estado fundada, aparentemente, en cuestiones puramente procedimentales.

También se ha extendido en el país vecino la práctica de los llamados *certificats de concubinage* o *attestations d'union libre* que expiden algunos ayuntamientos sin ningún tipo de valor jurídico (12). Consultado el gobierno sobre la oportunidad de institucionalizar esa práctica —a la que algunos municipios son reticentes— respondió que ese tipo de documentos, limitados a menudo a contener las declaraciones hechas por testigos, no constituyen más que una información entre otras y que conferirles un valor superior implicaría la necesidad de que los alcaldes llevaran a cabo las correspondientes verificaciones y constituiría el inicio de un estatuto jurídico inoportuno (13).

---

(10) Datos extraídos de Alain BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, 5<sup>è</sup> ed., París, LITEC, 1993, p. 26-27.

(11) En este sentido dos sentencias de 11 de julio de 1989, JCP90, II, 21553. Vide el comentario de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI en Rev. trim. dr. civ. 1990, p. 53-63.

(12) La práctica de los *certificats de concubinage* (o *attestation d'union libre*) se han extendido recientemente a las parejas homosexuales tras la decisión pionera del Ayuntamiento de Saint-Nazaire (Loire-Atlantique) de 14 de setiembre de 1995. Vide *Le Monde*, N.º 15751, de 16 de setiembre de 1995, p. 10 y 6.

(13) Vide Rép. min. à QE n.º 25678: JCP 80, IV, 408.

Por lo que se refiere a los efectos jurídicos de la convivencia de hecho, si bien no existe una regulación específica, pueden hallarse referencias puntuales en distintos ámbitos.

#### A. *Derecho público*

##### a) DERECHO SOCIAL

El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ha seguido una clara tendencia en favor del reconocimiento de la situación de los convivientes de hecho que se ha encaminado a otorgar a los «compañeros» o a las «personas a su cargo» derechos idénticos a los de los cónyuges: así, después del reconocimiento del derecho a la pensión correspondiente a las viudas de guerra (Ley de 12 de noviembre de 1955), los convivientes de hecho han obtenido de la Seguridad Social el derecho a un subsidio por salario único (D. 29 de junio de 1972) o a un capital por muerte (por cambio jurisprudencial impuesto por la Asamblea Plenaria del Tribunal de Casación de 30 de enero de 1970), y los derechos a los beneficios del seguro de enfermedad y baja por maternidad (Ley 2 de enero de 1978, art. 13; Código de la Seguridad Social art. L. 161-4). Otros organismos, como las cajas de seguros por jubilación e incluso organismos semi-públicos, como la compañía nacional de ferrocarriles [SNCF] o *Air France*, prevén una equiparación similar. No obstante, esa equiparación no se da con otras prestaciones como, por ejemplo, las pensiones por invalidez o las prestaciones por accidente laboral.

A pesar de todo, el Consejo Económico y Social, en un informe de 25 de enero de 1984 ya se manifestaba en el sentido de que se admitía demasiado a la ligera la equiparación del conviviente del hecho al cónyuge, a menudo con base a las simples declaraciones de los interesados, y observaba que «se conceden a las parejas de hecho numerosos derechos y beneficios sociales, que pueden comportar garantías y sumas substanciales, sin que se determine legalmente la veracidad de su situación». Por otra parte, en el ámbito de lo social la jurisprudencia no suele extender esa asimilación a aquellos otros supuestos en que no esté expresamente establecida por el texto de una norma (14).

##### b) DERECHO FISCAL

El derecho fiscal ignora la convivencia de hecho. Así, mientras que los cónyuges, incluidos los casados en régimen de separación de bienes, constituyen una unidad de tributación, los convivientes de hecho

---

(14) BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 33-34.

tributan por separado. Si bien esa situación no les es beneficiosa en lo que se refiere al tipo imponible, en otros aspectos les beneficia en comparación con los cónyuges, especialmente en lo que se refiere a ciertas deducciones que sólo pueden aplicarse una vez por unidad de tributación y que, por lo tanto, los convivientes de hecho pueden aplicar por partida doble. Las donaciones y los legados entre convivientes de hecho están sujetos al mismo tipo impositivo que rigen entre extraños, es decir, el 60% (15).

## B. Derecho privado

### a) RELACIONES CON TERCEROS

En el ámbito del Derecho de Familia, la modificación más importante en las relaciones de los convivientes de hecho con sus hijos ha tenido lugar mediante la reforma del art. 372 C. civ. llevada a cabo por la Ley 93-32, de 8 de enero de 1993, relativa a la potestad de los padres. Hasta la reforma llevada a cabo en 1987, incluso cuando ambos progenitores habían reconocido al hijo no matrimonial, sólo la madre tenía el ejercicio de la patria potestad; a partir de 1987 los padres convivientes de hecho podían obtener el ejercicio conjunto de la potestad emitiendo una declaración ante el juez de menores (art. 374.1 C. civ.), quien debía limitarse a recibir la declaración sin poder oponerse a ello. Esta medida tuvo poco éxito en la práctica, bien porque los padres la desconocían, bien porque si la relación no era problemática se consideraba innecesario recurrir a una declaración formal (16).

En el transcurso de la elaboración de la regulación actual, la Asamblea Nacional había propuesto extender el principio de ejercicio conjunto a los padres no casados; la propuesta halló una fuerte oposición en el Senado y dio lugar a una solución de compromiso que fue la que finalmente se adoptó. El actual art. 372.2 C. civ. hace depender el ejercicio conjunto de una triple condición: 1) Que ambos progenitores hayan reconocido al hijo voluntariamente. 2) Que ese reconocimiento se haya producido dentro del año a contar desde la fecha del nacimiento; la prontitud del reconocimiento, se afirma, tiene por objeto dejar de manifiesto que los padres se interesan por el hijo. 3) Finalmente, se re-

---

(15) BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 33; Jean HAUSER/Daniele HUETWEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, 2è. ed., París, LGDJ, 1993, p. 811-812; Jean CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille*, 16è ed., París, PUF, 1993, p. 339.

(16) *Vide* Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Une importante réforme en droit de la famille: la loi N.º 93-22 du 8 janvier 1993*, JCP 1993, 3659 y ss., y Françoise FURKEL, *Die wichtigsten Änderungen im französischen Familienrecht durch das Gesetz vom 8. Januar 1993*, FamRz 1994, p. 1084 y ss.

quiere que los progenitores convivan en el momento del reconocimiento conjunto o bien, en los supuestos de reconocimiento sucesivo, que lo estén haciendo en el momento del segundo reconocimiento (17).

La reforma ha sido criticada, entre otras razones, porque obliga a los padres a convivir si quieren ejercer conjuntamente la potestad sobre el hijo; o, dicho al revés, a que si no se pueden llevar lo suficientemente bien como para vivir juntos tampoco pueden ejercer conjuntamente la potestad por mucho que así lo deseen tanto ellos mismos como su hijo (18).

(aa) Subrogación en el arrendamiento de la vivienda

En la legislación arrendaticia, a diferencia de lo que sucede con la convivencia matrimonial (cfr. art. 1751 C. civ.), la convivencia de hecho no permite extender el contrato de arrendamiento de vivienda a otro conviviente. A pesar de ello, desde que la Ley de 1 de setiembre de 1948 extendió el derecho a continuar en la vivienda después de la muerte del arrendatario a toda «persona a su cargo» bajo la condición de un mínimo de seis meses de vida en común (art. 5), todas las leyes que se han dictado con posterioridad para regir los arrendamientos de vivienda (la última de 6 de julio de 1989) han previsto la continuación en el arriendo, en caso de muerte o abandono del domicilio del arrendatario, en beneficio del *concubin notoire* que hubiera convivido como mínimo durante un año en la vivienda (art. 14) (19).

En cambio, si en lugar de ser arrendatario el conviviente es propietario, el otro no gozará de ningún tipo de protección (20).

(bb) Indemnizaciones por muerte del conviviente de hecho

En materia de indemnizaciones por muerte del conviviente de hecho es bien conocida la evolución jurisprudencial francesa que lleva a otorgar también al conviviente de hecho del difunto las indemnizaciones que corresponderían al cónyuge. Así, después de años de una jurisprudencia de la Cámara civil —que la denegaba— enfrentada a una jurisprudencia de la Cámara Penal —que la otorgaba—, la Sentencia

---

(17) Cfr., por todos, CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille*, cit., p. 341-342.

(18) Vide FURKEL, *Die wichtigsten Änderungen im französischen Familienrecht...*, cit., y allí más referencias.

(19) BENAVENT, *Droit civil. La famille*, cit., p. 34; HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, cit., p. 811-812; CARBONNIER, *Droit civil. t. 2. La famille*, cit., p. 339.

(20) HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, cit., p. 811.

de 27 de febrero de 1970 de la Cámara Mixta puso fin a la disparidad de trato al reconocer la indemnización *iure proprio* del conviviente de hecho (21). Actualmente es ya una regla consolidada que para indemnizar un daño debe atenderse únicamente a su existencia e importancia, sin que sea necesario un vínculo jurídico preexistente entre el difunto y aquella persona que solicita la indemnización. La convivencia de hecho puede ser suficiente para justificar que se ha sufrido un daño, dado que el conviviente de hecho supérstite habrá sufrido un daño moral y, en la mayoría de ocasiones, también un daño patrimonial, que a menudo se concretará en el hecho de que el conviviente difunto subvenía las necesidades materiales del supérstite y en que, aunque no tuviera la obligación de hacerlo, parece probable que hubiera continuado subviniéndolas. Excepcionalmente, el conviviente supérstite no tendrá derecho a la indemnización si la convivencia «no ofrecía perspectivas de estabilidad», circunstancia que corresponderá apreciar a los tribunales (22).

La jurisprudencia de mediados de los 70 precisa que el hecho de que la convivencia hubiese sido adúltera no impide el nacimiento de ese derecho de indemnización. La situación adulterina podría ser objetada por el cónyuge supérstite, pero no puede beneficiar al causante del daño con la consagración de su impunidad (23). Se ha llegado a admitir, incluso, que si el difunto contribuía, a la vez, al sostenimiento de su esposa, de la que estaba separado, y al de su conviviente de hecho, ambas tenían derecho a recibir la indemnización (24). En ocasiones, ni tan sólo era necesaria la convivencia, siendo suficiente la vinculación afectiva a condición de que fuera estable y exclusiva (25).

## b) RELACIONES ENTRE LOS CONVIVIENTES DE HECHO

Por lo que se refiere a las relaciones de Derecho privado entre los convivientes de hecho —y también en las relaciones con terceros— debe destacarse, en primer lugar, la falta de un estatuto global previo. Así, no existen obligaciones personales ni aquellas otras patrimoniales que puedan asemejarse a las de un régimen económico primario. No

---

(21) BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 34-35; HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, cit.*, p. 810-811; CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille, cit.*, p. 339-340.

(22) BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 35; CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille, cit.*, p. 339-340.

(23) Crim., 19 de junio 1975: D. 1975, 679; Crim. 3 mayo 1977: Bull. crim. n.º 150, p. 373.

(24) Crim, 9 nov. 1978: JCP 79, 11, 19107.

(25) Crim., 2 de marzo 1982: JCP 83, 11, 19972; Crim., 8 de enero 1985: JCP 86, II, 20588, que rechaza la indemnización simultánea a dos concubinas.

obstante, a pesar de que no existen entre los convivientes de hecho deberes como los de fidelidad, asistencia o socorro mutuo, la jurisprudencia considera que entre ellos, como en toda relación que se da entre personas, existe un cierto deber de lealtad y de actuar de acuerdo con la buena fe; esa lealtad y ese respeto a la buena fe pueden comportar la obligación de indemnizar al conviviente abandonado en circunstancias tales como, por ejemplo, cuando un conviviente rompe la relación de modo injustificado después de haber provocado que el otro abandonara su trabajo o cambiara de residencia y tras haberse comprometido a mantenerle (26). En el ámbito patrimonial, y a diferencia del cónyuge, el conviviente de hecho no tiene, por ejemplo, el deber de contribuir a los gastos que genere la convivencia (27), ni tampoco está sometido al régimen de responsabilidad solidaria que el art. 220 Cod. civ. dispone para las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica (28).

La manifestación práctica de esa jurisprudencia que establece entre los convivientes de hecho una obligación de lealtad o de buena fe y una cierta comunidad de intereses se manifiesta esencialmente en el momento de la ruptura o de la liquidación de la convivencia mediante el recurso a instrumentos técnicos de carácter general. Tanto la jurisprudencia como la doctrina insisten en que los instrumentos técnicos que deban aplicarse a las parejas de hecho han de responder a un triple criterio: 1) ser instrumentos técnicos que no pertenezcan a la regulación matrimonial; 2) que no pretendan obtener resultados equivalentes, y 3) que no tengan por objetivo la elaboración de un estatuto de la convivencia de hecho (29). No obstante, puede ponerse en tela de juicio que en la práctica se cumpla realmente ese último requisito: si bien es cierto que se aplican soluciones técnicas del Derecho privado general, no es menos cierto que la repetición de decisiones en un mismo sentido suele conducir a un núcleo de soluciones tan previsibles como las que por ley se establecen para el matrimonio.

Entre esos instrumentos técnicos generales debe destacarse la aplicación de las reglas de los cuasi contratos. A veces, para rectificar *a posteriori* las consecuencias más perjudiciales de la falta de reglas sobre la contribución a los gastos de la comunidad de vida, especialmente en aquellos casos en que uno de los convivientes ha aportado su trabajo o su dinero al negocio del otro y de lo que se trata es de evitar el enriquecimiento de un conviviente en perjuicio del otro (enriquecimiento sin causa).

---

(26) Cass. civ. 1re., 29 noviembre 1977; JCP 1978, IV, 38. En relación a ese deber de lealtad, vide HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, cit., p. 799 y ss.

(27) Cass. civ. 1re, 19 marzo 1991, Rép. Defrénois, 1991, 942.

(28) Cass. civ. 1re, 11 enero 1984; D. 1984, I. R. 275.

(29) Vide en este sentido, HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, cit., p. 801 y allí más referencias.

En otras ocasiones, son necesarias para posibilitar que uno de los convivientes pueda gestionar los asuntos necesarios y urgentes que pueda comportar la convivencia (gestión de negocios ajenos sin mandato) (30).

También se ha planteado la aplicación de la figura de la sociedad de hecho, si bien se reconoce que para ello no es suficiente el simple hecho de la convivencia sino que se requiere que concurren los elementos esenciales de toda sociedad, como la intención de asociarse, la existencia de aportaciones por parte de ambos convivientes, y la participación de ambos tanto en las pérdidas como en las ganancias (31).

Finalmente, si de lo que se trata es de evitar que uno de los convivientes pueda reclamar al otro las prestaciones hechas durante la convivencia se recurre a la figura de la obligación natural, para obtener así el efecto de la irrepitibilidad de las prestaciones ya realizadas (32).

Algunos de los aspectos más tratados en relación a las parejas de hecho, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia francesas, son las donaciones entre convivientes y la contratación que llevan a cabo entre ellos, en especial, las adquisiciones con cláusula *tantiniere* o de acrecimiento, que recuerdan la compras con pacto de supervivencia del Derecho catalán.

a) Por lo que se refiere a las donaciones entre convivientes, en principio no están sujetas a prohibición alguna; al recibir el tratamiento de donaciones entre extraños, tienen incluso mayor firmeza que las donaciones entre cónyuges, que siempre son revocables (cfr. art. 1096 Cod. civ.) y sólo pueden llegar a ser nulas si son simuladas o hechas mediante persona interpuesta (cfr. art. 1099 Cod. civ.). De todos modos, una jurisprudencia bastante antigua subordina la validez de cada una de ellas al resultado del análisis de los móviles que la han inspirado. CARBONNIER lo expone de un modo muy gráfico:

Las sentencias llevan a cabo una distinción moralizante. Si la liberalidad tiene por objeto comprar la mujer, llevarla a que establezca o prolongue las relaciones irregulares, aparece como el salario del vicio, y debe ser anulada. En cambio, si la intención del amante, una vez ha cesado el concubinato, no ha sido otra que la de reparar el perjuicio moral o material causado por la seducción o, incluso, la de asegurar los días de vejez de su antigua compañera, se trata entonces de móviles morales que, de algún modo, purifican la liberalidad y no procede la anulación. (33)

---

(30) HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, cit.*, p. 801-802 y 808-809.

(31) Vide CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille, cit.*, p. 337-338 y 350-351. También HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, cit.*, p. 810.

(32) BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 38.

(33) CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille, cit.*, p. 338.

La doctrina más moderna propugna el abandono de esa jurisprudencia amparada en una pretendida causa inmoral e ilícita del acto (cfr. arts. 1131 y 1133 Cod. civ.). Considera que establece una distinción sutil y poco practicable que implica un análisis psicológico muy incierto; fundamentalmente, porque a menudo se llevará a cabo muchos años después de realizada la donación, una vez ya cesada la convivencia por ruptura o incluso por muerte de uno de los convivientes; es más: el conviviente donatario no tendrá normalmente ante sí a un donante arrepentido sino más bien a unos herederos del conviviente difunto que pretende obtener el máximo caudal relicto mediante el total desconocimiento de las relaciones de convivencia de hecho que tuvo el causante en vida (34).

A pesar de todo lo dicho, la aceptación de la plena validez de las donaciones entre convivientes topa con un obstáculo práctico difícilmente superable: fiscalmente reciben el mismo trato que las donaciones entre extraños (tributan el 60%), lo cual actúa como un importante factor de disuasión (35).

b) En relación a la contratación a título oneroso entre convivientes de hecho, no existe ni ha existido nunca ningún tipo de prohibición. Tradicionalmente, el derecho civil francés ha sometido a los cónyuges a un régimen más riguroso que el aplicado a los convivientes de hecho, diferencia que se ha ido atemperando con el transcurso de los años hasta desaparecer de modo definitivo con la reforma del Código introducida por la Ley de 23 de diciembre de 1985. La práctica ha consagrado las adquisiciones por ambos convivientes con pacto de indivisión o el sistema de las llamadas «adquisiciones cruzadas», en las cuales cada uno de ellos adquiere una mitad indivisa en nuda propiedad y la otra en usufructo (36). También la práctica ha propugnado la utilización de una cláusula *tontiniere* o de acrecimiento, es decir, una compra hecha en común por ambos convivientes con la estipulación de que tras la muerte de uno de ellos el bien pertenecerá en su totalidad al sobreviviente; el pacto también puede referirse únicamente al derecho de habitación, circunstancia que lo acercaría a la llamadas «adquisiciones cruzadas». En todos esos casos, se entiende que la cláusula comporta una doble condición resolutoria y suspensiva y es válida siempre que

---

(34) Cfr. BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 31; HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, cit.*, p. 804; J. RUBELLIN-DEVÉCHI, *Rev. trim. dr. civ.* 1984, n.º 21, p. 405; *Rev. trim. dr. civ.* 1987, p. 753, obs. MESTRE.

(35) BENAVENT, *Droit civil. La famille, cit.*, p. 39.

(36) Cfr. HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, cit.*, p. 806-807.

conlleve una verdadera aleatoriedad aunque las aportaciones de cada parte no sean equivalentes (37).

En relación a la contratación laboral entre convivientes, la jurisprudencia ha aplicado a menudo unas reglas similares a las que se aplican a las liberalidades entre convivientes, lo cual ha permitido declarar nulo el contrato laboral en el que se pactaba una duración excepcional (15 años) o que comportaba para el «asalariado» unas ventajas también excepcionales, y que venía determinado por el interés de continuar manteniendo la relación de convivencia (38).

## 2.2. Italia

No existe en Italia una regulación que discipline de modo unitario las relaciones de la pareja de hecho. No obstante, han existido diversos proyectos —en realidad, proposiciones de Ley— que no han llegado a convertirse en Ley (39). Uno de esos proyectos, el llamado Proyecto «Capiello», fue presentado a la Cámara de Diputados el 12 de febrero de 1988. El proyecto consideraba como parejas de hecho aquellas que habían convivido durante tres años como mínimo y que, o bien se habían inscrito en un registro especial o bien habían manifestado su condición en documento público (art. 1.1); no obstante, si la pareja había tenido hijos, se aplicaba la regulación con independencia de la duración de la convivencia (art. 1.2) (40).

Debe hacerse hincapié, por una parte, en que la definición que daba el art. 1 no excluía expresamente del ámbito de la Ley la convivencia homosexual y, por otra, que hacía depender el reconocimiento de los derechos previstos en la Ley no sólo de la convivencia mantenida durante el tiempo establecido sino también del requisito formal de su inscripción en un registro o de su constancia en un documento público. El

---

(37) No habría aleatoriedad si existiera una desproporción entre las aportaciones que, unida a la gran diferencia de edad entre los convivientes, provocara la desaparición de la incertidumbre respecto a quien de ellos resultará finalmente beneficiado. Entonces la pretendida compra debería calificarse como liberalidad, con todas las consecuencias civiles y fiscales que pueda comportar esa calificación. *Cfr.* BENAVENT, *Droit civil. La famille*, cit., p. 31; HAUSER/HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, p. 807-808.

(38) *Vide* BENAVENT, *Droit civil. La famille*, cit., p. 32.

(39) *Nuove norme in materia di diritto di famiglia*, presentado a la Cámara el 9 de octubre de 1987, n.º 1647 («Proyecto Calvanese»), proveniente del PCI, y *Disciplina della famiglia di fatto*, presentado a la Cámara el 12 de febrero de 1988, n.º 234 («Proyecto Capiello»), proveniente, fundamentalmente, del PSI.

(40) *Vide* Mauro BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, CEDAM, 1992, p. 172 y ss., y Hans-Wolfgang STRÄTZ, *Ein italienischer Gesetzesvorschlag zur Regelung des nichtehelichen Zusammenlebens*, FamRZ 1988, p. 897-902.

art. 2 regulaba con más detalle el registro, estableciendo que los municipios de lugar de residencia de los convivientes estaban obligados a expedir, a instancia de éstos, un *certificato di stato di famiglia* que documentara la relación de convivencia; el único requisito que preveía para poder otorgar ese certificado era la declaración conjunta de la realidad de la convivencia de hecho ante el funcionario del registro civil (41). Seguidamente, el proyecto hacía una regulación detallada y paralela a la del matrimonio y a la de la familia matrimonial: obligaciones de contribución a los gastos familiares, deberes de alimentos análogos a los existentes entre cónyuges y entre parientes, extensión a los convivientes de hecho de los derechos previstos en materia de empresa familiar, subrogación arrendaticia e indemnización por causa de muerte —si bien, en este último caso, se configuraba como un derecho del conviviente supérstite contra la herencia, que se modulaba atendiendo a la cuantía total de la indemnización recibida por los herederos, la duración de la convivencia y la necesidad del conviviente supérstite (cfr. art. 7)—, etc. (42).

El proyecto, según la doctrina italiana, daba la impresión de ser un remedio peor que la enfermedad: reflejaba una óptica estatista que, al posibilitar que dos personas pudiesen encontrarse unidas por vínculos cuasi-matrimoniales sin haberlo deseado (por ejemplo, por el simple hecho de convivir y tener un hijo), conculcaba valores garantizados constitucionalmente, como podía ser el caso de la libertad individual; el proyecto también daba carácter legal y, por lo tanto, general, a situaciones concretas extraídas de la experiencia jurisprudencial; finalmente, la introducción de un requisito formal —el registro o el documento público— daba a esa convivencia de hecho el carácter de un matrimonio de segundo grado (43).

Evidentemente, el hecho de que en la actualidad no exista en Italia una regulación específica no significa que la convivencia de hecho sea un fenómeno jurídicamente ignorado. Tras la Segunda Guerra Mundial han existido intervenciones puntuales del legislador en diversos ámbitos, y de los problemas que ella plantea también se ha ocupado a menudo la jurisprudencia.

---

(41) BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio...*, cit., p. 173 y ss., y STRAÄZ, *Ein italienischer Gesetzesvorschlag*, cit., p. 901.

(42) BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio...*, cit., p. 173 y ss., y STRÄTZ, *Ein italienischer Gesetzesvorschlag*, cit., p. 900 y *passim*.

(43) *Vide* esas y otras críticas en BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio...*, cit., *ibidem*, y allí más referencias.

## A. Derecho público

### a) DERECHO SOCIAL

Durante los años 60 y a principios de los 70 se produce una serie de intervenciones en el campo de las prestaciones económicas y sanitarias para equiparar, en aspectos concretos, las parejas de hecho a las matrimoniales; por ejemplo, en las prestaciones en supuestos de desgracias (d.p.r. 30 de junio 1965, n. 1124, art. 85) o en las normas sobre el tratamiento de la jubilación de los funcionarios civiles y militares del Estado (d.p.r. 29 de diciembre 1973, n. 1092, in part. art. 82, comma 2.o). A finales de los años 70, la Ley n. 194/1978, sobre la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, prevé la participación «de la persona indicada como padre del concebido» (art. 5) con independencia, por lo tanto, de la existencia de vínculo matrimonial. Por su parte, la Ley n. 45/1981, que institucionaliza la figura del consultor familiar, establece el servicio de consulta y asesoramiento como destinado «a la resolución de los problemas de la pareja (art. 2), sin que se realice ningún tipo de distinción entre pareja fundada en el matrimonio y pareja de hecho (44).

### b) DERECHO FISCAL

El derecho fiscal ignora a los convivientes de hecho y los hace tributar como entre extraños. Sólo en un punto, la pareja matrimonial y la de hecho han sido objeto de un trato distinto, que ha beneficiado a esta última, y que ha suscitado una seria reflexión sobre la fiscalidad en el matrimonio y la reforma de la legislación anteriormente vigente. Hasta el año 1976 los cónyuges tenían el deber de realizar una declaración de renta conjunta, mientras que la pareja de hecho obtenía un trato fiscal más favorable al no topar con ningún obstáculo que le impidiese la declaración por separado. La sentencia del Tribunal constitucional italiano de 12 de enero de 1976 entendió que existía una discriminación injustificada en perjuicio de la familia legítima y declaró inconstitucional la regulación (45). Esta sentencia comportó la adopción de un sistema individual de declaración de renta que es el que rige en la actualidad (46).

---

(44) Vide BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, en Giorgio CIAN/Giorgio OPPO/Alberto TRABUCCHI, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, Padova, CEDAM, 1993, vol. I.1, p. 757-802, p. 772 y ss.

(45) Corte cost. 12 de enero 1976, n. 179, *Foro it.* 1976, I, c. 2035.

(46) Vide BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto...*, cit., p. 776-777.

## c) OTROS SECTORES

En el ámbito penal, la nueva Ley de Procedimiento Penal exime del deber de declarar a «aquella persona que a pesar de no ser cónyuge del imputado conviva con él con esa condición» (art. 199), con lo cual, y a pesar de la incorrección léxica (¿como se puede hablar de «convivencia conyugal» en relación a aquellos que no son cónyuges?), se equipara el conviviente de hecho al cónyuge (47). En otros ámbitos no se han confirmado legislativamente las interpretaciones extensivas de determinadas normas penales mediante las cuales la jurisprudencia equipara las relaciones familiares y las «relaciones de hecho análogas» para poder extender así un tipo delictivo a la comunidad de vida basada en la convivencia de hecho como ocurre, por ejemplo, en materia de malos tratos familiares (art. 572 c.p.), o de eximentes en delitos cometidos contra el patrimonio de los familiares (art. 384.1 c.p.). (48)

B. *Derecho privado*

## a) RELACIONES CON TERCEROS

Por los que se refiere a la patria potestad de los convivientes de hecho sobre el hijo nacido de su unión, desde la reforma del Derecho de familia del año 1975 corresponde a ambos si lo han reconocido. Ahora bien: después de hacer esa declaración de principio, el art. 317 bis c.c. regula una serie de supuestos en los que juega un papel fundamental la continuación de la convivencia, tanto en relación a los convivientes como en relación al hijo, y de los que se desprende que, en principio, sólo existirá un ejercicio conjunto de la patria potestad cuando exista convivencia. Así, si el reconocimiento ha sido hecho por ambos progenitores, el ejercicio de la patria potestad corresponde también a ambos si continúan conviviendo; si ya no conviven, corresponde al progenitor con quien el hijo conviva; si ninguno de los progenitores convive con el hijo, corresponde a aquél que primero lo haya reconocido. De todos modos, y a pesar de estas disposiciones, se admite que el Juez pueda disponer de otro modo en atención al interés del

---

(47) BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio...*, cit., p. 36 y ss. BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia difatto...*, cit., p. 777.

(48) Vide BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio...*, cit., p. 40 y ss., *passim*. BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto...*, cit., p. 777.

hijo y que incluso pueda llegar a excluir a ambos progenitores y nombrar tutor (49).

Por lo que se refiere a las relaciones patrimoniales de los convivientes de hecho con terceros, la jurisprudencia ha analizado tradicionalmente dos cuestiones: a) la extensión al conviviente de hecho de la prórroga legal del contrato de arrendamiento de vivienda que la Ley establece en beneficio del cónyuge y b) la posibilidad de indemnizar al conviviente supérstite por la muerte del otro en los supuestos generales de responsabilidad civil ex. art. 2043 c.c.

(aa) Subrogación en el arrendamiento de vivienda

El art. 6 de la Ley n. 392/1978 dispone que en caso de muerte del arrendatario le suceden en el contrato de arrendamiento el cónyuge, los herederos y los parientes consanguíneos y afines que habitualmente conviven con él. Como puede observarse, ese grupo de legitimados no se establece únicamente en atención al vínculo personal por razón de matrimonio o de parentesco—incluso por afinidad—o la relación hereditaria, sino que debe concurrir la existencia de una cierta comunidad de vida manifestada mediante la convivencia en una misma vivienda familiar. Durante años la jurisprudencia ordinaria se debatió entre la inclusión y la exclusión del conviviente de hecho en ese grupo de legitimados. Una primera sentencia del Tribunal Constitucional de 1980 declaró que la exclusión era constitucional (50); ocho años más tarde, una nueva sentencia declaraba expresamente la inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley arrendaticia especial. El Tribunal consideraba que entre los sucesores en el contrato de arrendamiento por muerte del arrendador se debía incluir también el conviviente de hecho y que, en caso de cese de la convivencia acaecido no por muerte sino por ruptura, también se debía entender comprendido el otro conviviente si éste se había quedado en la vivienda conviviendo con hijos comunes (51). A raíz de esta sentencia, el Tribunal de Casación ha declarado que en caso de ruptura de la convivencia de hecho por parte del arrendatario, sea cual sea el motivo—en el caso en cuestión, porque el conviviente produjo la ruptura para contraer matrimonio con otra mujer—el conviviente *more uxorio* que permanece en el mismo inmueble con la prole natural habida de esa unión tiene el derecho a suceder en el contrato,

---

(49) *Vide* por todos Michele GIORGIANNI, en Giorgio CIAN/Giorgio OPPO/Alberto TRABUCCHI, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, Padova, CEDAM, 1992, vol. IV, p. 338 y ss.

(50) Corte cost. 14 abril 1980, n. 45, *Foro it.* 1980, I, c. 1504.

(51) Corte cost. 7 abril 1988, n. 404, *Foro it.* 1988, I, c. 2515.

aunque la convivencia se haya originado después de iniciado el contrato de arrendamiento y sin que el arrendador haya tenido conocimiento de ello (52).

(bb) Indemnizaciones por muerte del conviviente de hecho

En relación a las indemnizaciones por causa de muerte, con una intransigencia duramente criticada por la doctrina, la jurisprudencia excluye al conviviente supérstite de toda indemnización. Los argumentos originarios para denegar esas indemnizaciones, de carácter ético y moralizante, han sido sustituidos por argumentos de carácter práctico, principalmente, por la dificultad en determinar cuál sería el daño indemnizable en una convivencia que institucionalmente está marcada por su precariedad (53).

Se perfilaba una posible solución de compromiso que era la que intentaba dar el Proyecto de Ley —aprobado en 1992 por las dos cámaras, pero no promulgado por el Presidente de la República— relativo a la modificación de la regulación del seguro obligatorio por la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor y de naves (54). Este proyecto disponía que en caso de muerte también tenía derecho a obtener una indemnización por daños, tanto patrimoniales como morales, el conviviente de la víctima que demostrara la existencia de la unión, de la comunidad de vida, del mutuo afecto y de la recíproca asistencia moral y material por un período no inferior a los cinco años. El proyecto de regulación había sido duramente criticado en la medida en que llevaba fuera del ámbito general de la responsabilidad civil un supuesto que en muchos otros ordenamientos se resuelve sin excesiva dificultad mediante la regulación general (55).

---

(52) Cass., 25 mayo 1989, n. 2524, *Arch. locazione* 1989, c. 686. Sobre esta cuestión vide BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 774 y ss. y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 119 y ss.

(53) BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 787-788 y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 69 y ss. Vide también Giacomo OBERTO, *Illecito civile e convivenza «more uxorio»*, Resp. civ. prev. 1991, p. 1 y ss.

(54) Proyecto de Ley aprobado por el Parlamento italiano el 29-1-1992 (*Modificazioni alla disciplina della assicurazione obbligatorie per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti ed altre norme in materia di assicurazioni private*).

(55) BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 787-789 y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 72 y ss. Vide también Giacomo OBERTO, *Partnerverträge in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des italienischen Rechts*, FamRZ 1993, p. 1-12, p. 5.

## b) RELACIONES ENTRE LOS CONVIVIENTES DE HECHO

Para intentar resolver los conflictos que plantean las relaciones entre convivientes de hecho, la doctrina y la jurisprudencia italianas, como en otros países, han de recurrir a figuras generales del Derecho civil.

Una de las primeras cuestiones que se plantea en la vida en común es la de calificar aquellas atribuciones patrimoniales hechas entre convivientes y dirigidas a sostener los gastos que esa vida en común genera. Dado que entre convivientes de hecho, a diferencia de lo que sucede entre cónyuges, no existe el deber de contribuir, originariamente esas atribuciones se calificaron como donaciones. Esas donaciones, que tanto en Derecho romano como en el *ius commune* habían sido consideradas válidas —a diferencia de las hechas entre cónyuges, para las cuales regía la más estricta prohibición— pasan a ser consideradas contrarias a la moral y, por lo tanto, nulas a partir de la codificación. Posteriormente, se modificó la calificación y se reservó la nulidad únicamente para aquellos supuestos en que tenían por objeto remunerar prestaciones sexuales ya realizadas o propiciar su continuación (56). La admisión, con ese carácter general, de la validez de las donaciones entre convivientes de hecho dio lugar a la intervención del Tribunal Constitucional para salir al paso de la discriminación que se producía en contra de los cónyuges y a que éste declarara la inconstitucionalidad de la prohibición de donaciones entre cónyuges ex art. 781 c.c. porque les situaba en peor posición que a aquellos (57).

También se fue difundiendo la calificación de esas atribuciones patrimoniales como obligaciones naturales (art. 2034 c.c.), con la correspondiente consecuencia de la irrepetibilidad de las ya realizadas. Esta calificación se aplicaba originariamente sólo a las prestaciones patrimoniales hechas en cumplimiento de obligaciones de resarcimiento del daño derivado de la ruptura de la relación y a las prestaciones alimenticias que se realizaban en virtud de esas circunstancias; más tarde se fue extendiendo a todas las atribuciones patrimoniales llevadas a cabo durante la convivencia por motivo de los gastos generados por la vida en común. Se afirmaba así, de modo general, la relevancia de «deberes morales y sociales» que derivaban de la convivencia de hecho y que estaban destinados a proteger al conviviente más débil (58).

---

(56) Vide OBERTO, *Partnervertrage in rechtsvergleichender Sicht...*, cit., p. 4. También BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 102 y ss.

(57) Corte cost. 27 junio 1973, n. 91, *Giur. cost.* 1973, p. 935. Cfr. BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 783 y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 102 y ss.

(58) BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 783-784 y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 111 y ss. Con mayor detalle, Giacomo OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 83 y ss.

Ahora bien: llevada a sus últimos extremos, esa calificación provocaría que todas aquellas prestaciones que hace un conviviente en favor del otro, como por ejemplo la contribución en trabajo o en dinero a la construcción o adquisición de un inmueble de titularidad exclusiva de éste, o la contribución en la empresa o en la profesión del otro, sean irrepetibles, con lo cual se perjudicaría al conviviente de hecho más débil y se iría así en contra de esos «deberes morales y sociales» que quiere tutelar el art. 2034 c.c.

Originariamente, la jurisprudencia presumía que esas prestaciones se realizaban «*affectione vel benevolentiae causa*» y, por lo tanto, las reputaba realizadas a título gratuito. Después de la introducción por reforma de 1975 del art. 230 bis c.c., relativo a la empresa familiar, que establece el derecho de participación en las ganancias de los miembros de la familia unida por vínculos matrimoniales que han aportado su trabajo, la jurisprudencia se ha replanteado la presunción de gratuidad referida a los convivientes de hecho y ha entendido que esa regulación contiene un principio general que se podría extender, a pesar de que el legislador aún no lo haya considerado oportuno, a los convivientes de hecho (59). La doctrina también ha intentado encontrar la solución en la existencia de un contrato de base asociativa, como por ejemplo una sociedad de hecho cuyos términos no se han pactado expresamente, o bien, en otros casos, ha recurrido a la doctrina del enriquecimiento injustificado (60). No obstante, la jurisprudencia aún no ha llevado a la práctica esas propuestas doctrinales (61).

Tampoco han tenido reconocimiento práctico aquellas propuestas doctrinales que pretenden extender a los convivientes de hecho los derechos que tiene el cónyuge superviviente en la sucesión intestada (arts. 565 y ss. c.c.). El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en favor de la constitucionalidad de la normativa que únicamente reconoce derechos sucesorios al cónyuge superviviente, si bien ha apuntado que de *lege ferenda* se podría reconocer, en relación al uso de la vivienda familiar, desde un derecho real de habitación —más restrictivo del derecho de propiedad de los herederos— hasta un derecho personal de uso temporalmente limitado (62). En cambio, en el ámbito de la empresa familiar, el legislador italiano ya ha tenido en cuenta al conviviente de

(59) BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 784-785 y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 115 y ss. Com más detalle, Giacomo OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 83 y ss.

(60) BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 117-118. OBERTO, *I regimi patrimoniali...*, cit., p. 105 y ss.

(61) BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 785-786.

(62) Corte cost. 26 de mayo 1989, n. 310, *Foro it.*, 1991, I, c. 446. BUSNELLI / SANTILLI, *La famiglia di fatto*, cit., p. 787 y BERNARDINI, *La convivenza...*, cit., p. 7 y ss.

hecho en el derecho a substituir el socio difunto de la cooperativa de propiedad indivisa «en defecto de cónyuge y de hijos menores» (art. 17.2 y 3 de la Ley 179/1992) (63).

### 2.3. Inglaterra

En Inglaterra el término *cohabitation* denota la relación de la pareja de hecho heterosexual que, sin estar casada, convive «como marido y mujer» (64). Aunque no es fácil determinar de modo preciso su significado, esa última expresión no ha causado dificultades en la práctica judicial (65). Se considera que la cuestión importante es el modo como conviven y la intención que subyace tras esa convivencia, es decir, que tengan la intención de convivir juntos como si fueran marido y mujer. Para que exista pareja de hecho se considera importante que los convivientes pongan en común recursos económicos, compartan una vida social y tengan relaciones sexuales —a pesar de que la ausencia de ese tipo de relaciones no es determinante—. También constituye un elemento importante para determinar la existencia de pareja de hecho que los convivientes tengan hijos comunes o tengan la intención de contraer matrimonio. La relación —se afirma— debe estar también caracterizada por la nota de una cierta estabilidad: así, en principio, no se puede considerar que conviven «como marido y mujer» ni el hombre y la mujer que viven juntos durante las vacaciones, ni los estudiantes que lo hacen durante el curso. La convivencia «como marido y mujer» implica además una convivencia del día a día, razón por la cual difícilmente podría decirse que vive de ese modo el hombre que convive habitualmente con su esposa y que visita regularmente a otra mujer; más dudoso sería el supuesto en que un hombre, que vive con su esposa en una ciudad, pasa parte considerable de su tiempo en otra por razón de sus negocios y vive allí habitualmente con otra mujer (66).

En relación a la convivencia de hecho, el Derecho inglés ha adoptado una posición de compromiso y sólo la ha equiparado al matrimonio en algunos aspectos aislados. A efectos expositivos, debe distinguirse también aquí entre el ámbito del Derecho público y el del privado.

---

(63) Vide BERNARDINI, *La convivencia...*, cit., p. 59 y ss.

(64) Vide, para las diversas variantes terminológicas, Martin PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, 3rd. ed., London, Sweet and Maxwell, 1993, p. 1-2.

(65) En el que aún es el *leading case* sobre la materia, la *House of Lords* habla de una «ama de casa no casada» o de «compañeros no casados». Vide *Davis v. Johnson* [1979] AC 264, [1978] 1 All ER 1132 HL.

(66) Cfr., a pesar de todo, *Watson v. Lucas* [1980] 2 All ER 647, en el que se consideró que a los efectos de la *Rent Act 1977*, un hombre podía ser miembro de dos familias simultáneamente. Vide P. M. BROMLEY/N. V. LOWE, *Family Law*, 8th. ed., London, Butterworths, 1992, p. 7-8.

A. *Derecho público*

## a) DERECHO SOCIAL

El Derecho social británico acostumbra a tratar a los convivientes de hecho de un modo independiente e individual en las pensiones contributivas mientras que en las asistenciales aplica la llamada *cohabitation rule*, que tiene por objeto evitar que la pareja de hecho reciba un trato más favorable que la pareja casada.

Por lo que se refiere a las pensiones contributivas, el matrimonio es un requisito de la pensión de viudedad, de tal modo que el conviviente viudo no tienen derecho a percibir pensión. En cambio, sí que se tiene en cuenta, a los efectos de pérdida del derecho, si el cónyuge viudo pasa a establecer una relación de convivencia de hecho. La convivencia de hecho tampoco da lugar a otras pensiones, como por ejemplo, de jubilación, paro o enfermedad, que sí tienen derecho a obtener los convivientes casados cuando concurren los requisitos que establece la Ley (67).

En el ámbito de las pensiones asistenciales destacan las que tienen por objeto garantizar un nivel mínimo de renta (como por ejemplo las conocidas como *income support*, *family credit*, *disability working allowance*, *housing benefit* y *council tax benefit*). Solamente un miembro de cada unidad familiar tiene derecho a percibir cada una de esas pensiones; la Ley trata las rentas y el capital de cualquier miembro de la familia como rentas y capital de la persona solicitante (68). La regla sirve no sólo para computar el nivel de renta que no se puede sobrepasar para tener derecho a percibir la pensión sino que también provoca que durante el mismo período en que la obtiene un miembro de la unidad familiar los demás queden excluidos (69).

Esta regla, en virtud de otra denominada *cohabitation rule*, se extiende a la pareja no casada (*unmarried couple*) si concurren los requisitos que prevé la Ley. La regla presupone que cualquier ingreso que perciba un miembro de la familia repercute en beneficio de todos, y su extensión a la pareja de hecho es ciertamente criticable, porque parte de unos deberes de contribución a las cargas familiares establecidos legalmente para los cónyuges y que, en cambio, no existen entre convivientes de hecho. Así, puede resultar que si un conviviente de hecho

---

(67) Vide Stephen PARKER, *Cohabitees*, 3rd. ed., London, Longman, 1991, p. 31 y ss.; Jacqueline PRIEST, *Families Outside Marriage*, 2nd. ed., Bristol, Jordan, 1993, p. 96-97, y PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 93-94.

(68) Cfr. Sec. 134(2) *Social Security Contributions and Benefits Act 1992*, si bien existen algunas excepciones.

(69) Vide PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 91 y ss.; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 80 y ss.

que percibe *income support* (70) o *family credit* (71) se lo queda todo para sí mismo, el otro no sólo no puede reclamarle ni la contribución a las cargas ni alimentos, sino que tampoco puede solicitar los subsidios que el primero percibe (72). Por esta razón, adquiere una importancia fundamental determinar qué entiende la legislación social por «pareja no casada» (*unmarried couple*).

La nueva *Social Security Contributions and Benefits Act 1992* mantiene la definición tradicional en materia de pensiones asistenciales según la cual son «pareja no casada» «un hombre y una mujer que no están casados entre sí, pero que viven juntos como marido y mujer, excepto en circunstancias especiales» (73). Según la jurisprudencia y las directrices del Departamento de la Seguridad Social, son indicios de que existe ese tipo de convivencia: a) la convivencia heterosexual; b) la existencia de una vivienda familiar común; c) la estabilidad que, de modo especial, puede estar indicada por la existencia y atención de hijos comunes; d) el apoyo económico mutuo o de uno de ellos al otro; e) la existencia de relaciones sexuales —como un indicio más, no como un requisito imprescindible— y f) el tratamiento público como marido y mujer (74).

## b) DERECHO FISCAL

En el ámbito del Derecho fiscal, la reforma llevada a cabo por la *Finance Act 1988* tuvo por objeto introducir la posibilidad de que los cónyuges pudieran hacer la declaración de renta por separado y modificar, en general, todas aquellas normas que al tratar a los convivientes de hecho como a extraños les beneficiaban fiscalmente en comparación con los matrimonios. La tendencia actual continua siendo la de suprimir tanto los desincentivos fiscales al matrimonio como los incentivos fiscales a la convivencia de hecho (75).

---

(70) Prestación que tiene por objeto mantener un nivel mínimo de subsistencia, definido por el Estado, y a la que tienen derecho aquellas personas que no tienen trabajo o no obtienen ingresos suficientes y que reúnen los requisitos establecidos por la Ley. Vide por todos, PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 86-87.

(71) Prestación a la que tiene derecho quien trabaja pero tiene un nivel de ingresos bajo y forma parte de una unidad familiar en la que, como mínimo, hay un hijo. Vide por todos, PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 86-88.

(72) PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 92; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 81.

(73) Cfr. *Social Security Contributions and Benefits Act 1992*, Sec. 137.

(74) Cfr. PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 92-94; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 81-86. También PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 23-28, en relación a los mismos criterios antes de la reforma.

(75) Vide con mayor detalle PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 34-43 y PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 95-100.

El impuesto de donaciones es más favorable a la pareja matrimonial, ya que trata a los convivientes de hecho como a extraños; el mismo trato se da en el impuesto de sucesiones, si bien en este caso es menos problemático ya que las primeras 150.000 libras esterlinas (datos de marzo de 1992) están exentas de tributación (76).

### c) OTROS SECTORES

En el ámbito de los tratos familiares vejatorios, la *Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act* 1976 permite impedir el acceso a la vivienda familiar al causante de malos tratos y, en general, extiende a las parejas de hecho la protección que, en estos casos, otorga a las matrimoniales (77).

### B. Derecho privado

En el ámbito del Derecho privado, y en relación a la patria potestad, la regla tradicional del *Common Law* consideraba al hijo no matrimonial como «hijo de nadie» y, por lo tanto, no le atribuía una relación jurídica con su madre ni, mucho menos, con su padre. A pesar de ello, la jurisprudencia y diversas leyes especiales fueron otorgando a la madre una potestad parecida a la del padre del hijo matrimonial. Hasta 1959 el padre del hijo no matrimonial únicamente podía obtener la guarda bajo la protección de los tribunales, circunstancia que le permitía —como a cualquier otro padre— la guarda legal o, como mínimo, el derecho de comunicación con el hijo, pero no el ejercicio conjunto con la madre de la patria potestad sobre el hijo, a pesar de que así los desearan tanto los dos progenitores como el propio hijo. La *Family Reform Act* 1987 equiparó los hijos matrimoniales y los no matrimoniales, con la única diferencia de que si los progenitores no estaban casados entre sí se atribuía la patria potestad, de modo automático, únicamente a la madre. La nueva *Children Act* 1989 dispone ahora que «a petición del padre, el tribunal podrá ordenar que éste tenga la potestad sobre el hijo» (78). Otro procedimiento por el que el padre puede adquirir la potestad sobre el hijo no matrimonial es mediante un acuerdo sobre patria potestad que puede firmar con la madre

---

(76) Vide PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 101-103. También PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 43-47.

(77) Vide PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 59-79 y PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 159-173.

(78) *Children Act* 1989, Sec. 4(1)(a).

y que deberá cumplir los requisitos de forma establecidos reglamentariamente (79).

En relación a la adopción, los convivientes de hecho, como cualquier otra persona que reúna los requisitos legalmente establecidos, pueden adoptar por separado, pero sólo pueden adoptar conjuntamente las parejas matrimoniales (80).

En el campo de las relaciones patrimoniales, conviene distinguir las relaciones de los convivientes de hecho con terceros de las relaciones de los convivientes de hecho entre sí.

#### a) RELACIONES CON TERCEROS

##### (aa) Subrogación en el arrendamiento de vivienda

La convivencia de hecho no da lugar a ningún derecho en relación a la vivienda arrendada por uno de los convivientes; la Ley les da el mismo trato que a los que la comparten sin ser convivientes. Así, si el titular del derecho de arrendamiento es sólo uno de los convivientes y, por alguna razón, se rompe la convivencia, el otro no tiene derecho a subrogarse. Mientras que la *Matrimonial Homes Act* 1983 dispone que la ocupación de la vivienda por parte del cónyuge no arrendatario le da derecho a continuar en el arriendo, no hay ninguna disposición legal que reconozca ese derecho al conviviente de hecho, ni tampoco lo hace la jurisprudencia (81).

Esta situación de desamparo del conviviente de hecho cuando la convivencia se rompe en vida de ambos contrasta con el derecho que tiene el conviviente de hecho supérstite a continuar en el arrendamiento de vivienda en caso de muerte del conviviente arrendatario. Aunque el conviviente premuerto hubiera sido titular único del derecho arrendaticio sobre la vivienda, el supérstite tiene derecho a subrogarse. La regulación es distinta para la vivienda privada y la pública. En el primer caso, la subrogación se rige por la *Housing Act* 1988, que al definir

---

(79) Cfr. *Children Act* 1989, Sec. 4(1)(b) y Stephen M. CRETNEY, *Elements of Family Law*, 2nd. ed., London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 224; Brenda HOGGETT, *Parents and Children*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 32 y ss. También PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 167-170 y PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 116-136.

(80) Cfr. *Adoption Act* 1976, Sec. 14(1), en su redacción actualmente vigente, y Stephen M. CRETNEY, *Elements of Family Law*, 2nd. ed., London, Sweet & Maxwell, 1992, p. 236; Brenda HOGGETT, *Parents and Children*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 240. También PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 217-222 y PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 138-141.

(81) Vide PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 101 y ss.; PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 45 y ss.; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 57-64.

la expresión «cónyuge» del arrendatario como persona que podrá subrogarse en el arrendamiento añade que «la persona que estaba conviviendo con el arrendatario como marido o como mujer será considerado como cónyuge del arrendatario» (82). En el sector público, la *Housing Act 1985* restringe el concepto de «cónyuge» a su sentido estricto, pero llega al mismo resultado al considerar como «otro miembro de la familia del arrendatario» premuerto a la persona que ha convivido con él «como marido y mujer». Tanto en el sector público como en el privado sólo se acepta una subrogación (83).

(bb) Indemnizaciones por muerte

La *Fatal Accidents Act 1976*, tras la modificación de 1982, dispone que si un acto ilícito causa la muerte de una persona, las que de ella dependían pueden solicitar al causante del daño las indemnizaciones correspondientes. La Ley incluye entre las personas dependientes a aquella que «(i) convivía en el mismo hogar inmediatamente antes de la fecha de la muerte, (ii) había convivido con el difunto en el mismo hogar durante, al menos, dos años antes de aquella fecha, y (iii) convivió durante la totalidad de aquel período como marido o mujer del difunto» (84).

Esta definición no sólo tiene en cuenta la situación de dependencia sino también la de status (dos años de convivencia), razón por la cual excluye convivencias que, a pesar de haber sido estables, no han podido tener aún esa duración mínima; también, como en todos los casos en que se habla de convivencia «como marido y mujer» excluye la convivencia homosexual. La acción tiene por objeto solicitar la indemnización por el daño que la muerte del conviviente de hecho ha causado a las personas que dependían de él en relación a las expectativas del beneficio patrimonial razonable que les hubiera podido reportar la continuación de su vida. Por esta razón, para poder determinar el *quantum* de la indemnización, el tribunal deberá formarse inevitablemente un criterio sobre cuál hubiera sido la probable duración de la relación en caso de que no se hubiera producido la muerte. Debe destacarse aquí que la acción tiene por objeto compensar exclusivamente la pérdida de sostenimiento económico y que, por esta razón, la indemnización no

---

(82) *Housing Act 1988*, Sec. 17(4).

(83) Vide Brenda HOGGETT/David S. PEARL, *The Family Law and Society. Cases and Materials*, 3rd. ed., London, Butterworths, 1991, p. 362 y ss. Con más detalle, PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 101 y ss.; PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 45 y ss.; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 222-228.

(84) *Fatal Accidents Act 1976*, Sec. 1(3)(b).

comprende los llamados daños de aflicción (*damages for bereavement*) —que consisten en una indemnización alzada de unas 7.500 libras esterlinas por los diversos daños morales— y que, en cambio, si que se conceden al cónyuge superviviente (85).

#### b) RELACIONES ENTRE LOS CONVIVIENTES DE HECHO

Los conflictos patrimoniales que se plantean entre los convivientes de hecho aparecen en situaciones de ruptura de la convivencia, especialmente en relación a la atribución de la vivienda familiar y de los bienes del ajuar doméstico, y se intentan resolver de acuerdo con los principios de *equity*. Para desarrollar y aplicar esos principios se analiza caso por caso la conducta y las intenciones de los convivientes de hecho y se recurre a figuras de carácter general.

En materia de vivienda familiar, la diferencia fundamental entre pareja matrimonial y pareja de hecho se halla en que en el primer caso se aplican las reglas del Derecho matrimonial, orientadas a determinar quien tiene derecho a continuar en la vivienda familiar, mientras que en el segundo se aplican las reglas generales del Derecho de propiedad, orientadas a determinar en qué medida es propietario cada uno de los convivientes de hecho en atención a las diversas contribuciones que hayan realizado a la comunidad de vida creada por la convivencia. En este sentido, la jurisprudencia ha afirmado que:

Si [las partes] hubieran estado casadas, la cuestión de la propiedad hubiera sido poco relevante, porque actualmente cuando la Ley trata las consecuencias económicas del divorcio adopta una perspectiva que mira hacia el futuro y en la que las cuestiones de propiedad se subordinan a las exigencias superiores de relacionar los medios de ambas partes con las necesidades de cada una de ellas, teniendo en cuenta, ante todo, el bienestar de los hijos. Como quiera que los convivientes no contrajeron matrimonio no les es aplicable la flexibilidad que establecen esas normas, excepto la facultad de realizar disposiciones patrimoniales en favor de sus hijos. En general, sus derechos patrimoniales se deben determinar de acuerdo con las titularidades estrictas según *equity*, un proceso que en ningún caso mira hacia el futuro sino que, por lo contrario, comporta una visión retrospectiva dolorosamente detallada (86).

---

(85) Cfr. Brenda HOGGETT/David S. PEARL, *The Family Law and Society*, cit., p. 355. Con más detalle, PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 189 y ss.; PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 150 y ss.; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 230-231, con cita de otras disposiciones que también atribuyen indemnizaciones por muerte del conviviente de hecho.

(86) *Hammond v. Mitchell* [1991] 1 W.L.R. 1127, p. 1129.

Para desarrollar esos principios de *equity* y encontrar una solución para resolver el caso concreto se utilizan las figuras generales del *trust* (sea *resulting*, *implied* o *constructive trust*) y del *estoppel*.

Tradicionalmente, regía de modo generalizado en el *Common Law* el régimen de separación de bienes absoluta entre cónyuges (*separate property régime*); en relación a su patrimonio, los cónyuges eran tratados como extraños y no adquirirían ningún derecho sobre el patrimonio del otro. Para mitigar la dureza que comportaba la separación de bienes para aquel cónyuge que, sin incrementar el patrimonio propio, había contribuido a incrementar el del otro, se aplicaban principios de *equity*. De acuerdo con el derecho de los *trusts*, la propiedad —de un modo desconocido en nuestro derecho— se desdoblaba entonces en una propiedad jurídico-formal (*legal titel*) de su titular y una propiedad jurídico-material (*beneficial interest*) de aquél que había contribuido a la adquisición del patrimonio. El titular del derecho formal administraba fiduciariamente el patrimonio hasta que, en caso de conflicto matrimonial, debía transmitir una parte al titular del derecho material como compensación por su contribución. Con esa construcción se compensaba la participación económica directa de uno de los cónyuges en la adquisición de bienes inmuebles por parte del otro (87).

Si las contribuciones no consistían en una participación económica directa sino únicamente en que el cónyuge había contribuido a la adquisición del patrimonio mediante sus prestaciones de trabajo, la existencia de una compensación económica dependía de las intenciones de las partes. Aquel que quería hacer valer su *beneficial interest* en la propiedad del otro debía probar que se había acordado una compensación a su favor en atención a ese tipo de prestaciones (88).

Desde la *Matrimonial Causes Act 1973*, los tribunales tienen en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio unas amplias facultades para distribuir los bienes entre los cónyuges en el marco de las directrices que marca la Ley y, por esta razón, sólo en casos excepcionales se utilizan todavía las reglas de los *trusts* para resolver los conflictos patrimoniales entre cónyuges (89). Estas reglas, en cambio, al ser normas generales de Derecho de propiedad, siguen aplicándose con regularidad a los convivientes de hecho.

Así, por ejemplo, en el caso *Grant v. Edwards* el Tribunal de Apelación utilizó la figura del *constructive trust* para otorgar una cuota de la vivienda adquirida por el otro conviviente a una mujer que, además

---

(87) Vide por todos, CRETNEY, *Elements of Family Law, cit.*, p. 89 y ss. y *passim* y PARKER, *Cohabitees, cit.*, p. 130 y ss.

(88) CRETNEY, *Elements of Family Law, cit.*, *ibidem*, PARKER, *Cohabitees, cit.*, *ibidem*.

(89) Vide los supuestos enumerados por CRETNEY, *Elements of Family Law, cit.*, p. 91-92.

de ocuparse del hogar y de la educación de los hijos, había contribuido con sus ingresos al sostenimiento de las cargas familiares. El Tribunal afirmó que no se podía presumir razonablemente que la mujer hubiera hecho una contribución tan substancial si no «hubiera confiado en que existía una intención común del demandado y de ella misma para que adquiriera algún tipo de derecho en la propiedad de la casa» (90).

Como en los casos de los cónyuges, esa «intención común» (*common intention*) no se puede probar simplemente por la dedicación al hogar o a los hijos. Lo que resulta decisivo es que el demandante demuestre que las contribuciones indirectas eran «substanciales» para adquirir la propiedad, es decir, que excedían de la simple contribución a los gastos ordinarios o a la cooperación normal que se presupone que los convivientes casados —y también los de hecho— se prestan mutuamente de modo gratuito.

Estas consideraciones pueden extenderse a todos los bienes adquiridos durante la convivencia de hecho. Si se demuestra que uno de los convivientes tiene derecho a participar en los bienes adquiridos por el otro, no existirá una presunción de que las adquisiciones se hayan hecho a partes iguales y, entonces, será determinante analizar y valorar las contribuciones de cada uno de ellos. Los tribunales ingleses tienden a realizar un análisis individualizado de cada bien y la mayoría de las peticiones que se aceptan suelen desembocar en algún tipo de participación en la vivienda familiar. (91)

Una figura alternativa a la del *trust* es la del *estoppel*. Permite enervar la posibilidad de que el propietario legal pueda oponerse a la convicción que tenía el demandante de que obtendría algún derecho en el bien en cuestión.

Para que pueda prosperar la acción es necesario que concurren los requisitos siguientes:

- a) que el demandante haya incurrido en error respecto a los derechos que legalmente le corresponden;
- b) que el demandante haya realizado gastos o desplegado alguna actividad en virtud de esa creencia errónea;
- c) que el demandado conozca la existencia de su propio derecho y que éste es contrario a lo que el demandante reclama;
- d) que el demandado conozca la creencia errónea del demandante, y
- e) que haya alentado al demandante a realizar los gastos o las actividades que se han llevado a cabo, bien de modo directo o bien absteniéndose de afirmar el derecho que legalmente le corresponde.

---

(90) *Grant v. Edwards* [1986] Ch. 638, [1986] 2 All ER 426, [1986] WLR 114. El caso puede consultarse también en Brenda HOGGETT/David S. PEARL, *The Family Law and Society*, cit., p. 338-340.

(91) PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 151-152; PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 21-24; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 29-31.

Una vez se ha determinado la concurrencia de los requisitos previstos, el demandante tiene derecho a que se satisfagan esas expectativas en su aspecto patrimonial si, atendidas las relaciones entre las partes, existe alguna medida para hacerlas efectivas. Esa medida puede comportar tanto la atribución de un derecho de propiedad como la de un derecho de uso (92).

Así, por ejemplo, en el caso *Pascoe v. Turner* ([1979] 1 W. L. R. 431), la Sra. Turner se fue a vivir a casa del Sr. Pascoe en calidad de ama de llaves. Poco después, Pascoe y Turner empezaron a vivir juntos como marido y mujer. Transcurridos algunos años, el Sr. Pascoe se fue a vivir con otra mujer pero, antes de partir, le dijo a la Sra. Turner: «la casa es tuya, y también todo lo que hay en ella». No obstante, nunca le transfirió la propiedad. Con el conocimiento y aprobación del Sr. Pascoe, la Sra. Turner gastó 230 libras esterlinas y, aproximadamente, una tercera parte de su capital, en reparaciones y mejoras de la casa. Tras una pelea, el Sr. Pascoe le reclamó la casa. La Sra. Turner se opuso alegando que tenía la casa en *trust* o, alternativamente, que había obtenido autorización para habitarla de por vida. El Tribunal de Apelación consideró que de los hechos expuestos no podía derivarse la existencia de un *constructive trust*, pero invocó la doctrina del *estoppel*, en atención al hecho que la Sra. Turner se había visto perjudicada por los gastos efectuados en el inmueble con el conocimiento y el estímulo del Sr. Pascoe. El Tribunal condenó a este último a cumplir su promesa de donación y a realizar las formalidades legales necesarias para hacerla efectiva.

Cuando se trata de determinar a quién pertenecen los bienes del ajuar doméstico se suma a menudo la dificultad de que no existen documentos que establezcan la titularidad. La regla general sobre esos bienes es que son propiedad de cada uno de los convivientes los que ya les pertenecían en el momento de iniciarse la convivencia, así como los objetos de uso personal y los regalos personales que hayan recibido del otro conviviente. Con relación a los demás bienes, si no se demuestra la titularidad exclusiva de uno de ellos, también se puede recurrir a alguna de las modalidades de la figura del *trust* (*resulting, implied o constructive trust*) para determinar si debe atribuirse alguna participación al otro (93). Respecto a los bienes muebles se ha afirmado que:

A pesar de que nadie afirma que el derecho inglés reconozca o deba desarrollar una doctrina de comunidad de bienes en relación a los bienes del ajuar doméstico de aquellos convivientes que esta-

---

(92) PARKER, *Cohabitees, cit.*, p. 155-157; PRIEST, *Families Outside Marriage, cit.*, p. 32-34; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation, cit.*, p. 37-41.

(93) Vide PARKER, *Cohabitees, cit.*, p. 162 y ss.; PRIEST, *Families Outside Marriage, cit.*, p. 86-90; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation, cit.*, p. 41-43.

blecen una unión no matrimonial, las partes deben esperar que en los casos normales el tribunal sea firmemente leal a la máxima «igualdad es equidad», aunque ello sólo en aras a cumplir la máxima —igualmente saludable— de «*sit finis litis*» (94).

(aa) Derechos sucesorios del conviviente supérstite

El conviviente supérstite, al igual que el cónyuge, tampoco es legítimo en la sucesión testada del premuerto y, a diferencia del cónyuge, no tiene derecho alguno en la sucesión intestada. En la sucesión intestada el cónyuge ocupa un lugar preeminente; el conviviente de hecho, en cambio, no ocupa lugar alguno (95).

No obstante, y a pesar de la regulación general de la sucesión testada e intestada, el conviviente de hecho supérstite que obtenía su sostenimiento del conviviente premuerto puede tener derecho, de acuerdo con la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, a una pensión con cargo a la herencia si no ha recibido nada en la sucesión testada o intestada de éste (96). Conviene subrayar que ese derecho tiene su origen en la situación de dependencia del conviviente, no en su status y, por lo tanto, para poder obtenerlo deben concurrir los requisitos siguientes:

a) Que el conviviente supérstite haya recibido del premuerto su sustentación, en todo o en parte, durante el tiempo inmediatamente anterior al óbito. La existencia de dependencia económica es, pues, indispensable (97).

b) Que el conviviente premuerto no haya hecho al supérstite ninguna otra atribución patrimonial de entidad razonable mediante disposición testamentaria o que éste tampoco la haya recibido en la sucesión intestada. El supérstite deberá probar la inexistencia de esa atribución patrimonial.

En relación a ese extremo, conviene clarificar las diferencias que separan al cónyuge del conviviente de hecho. El cónyuge recibe el mismo trato que si el matrimonio se hubiera disuelto por divorcio y, en ese sentido, la atribución patrimonial de una entidad razonable significa que el beneficio recibido, tenga o no el carácter de alimenticio, debe ser proporcionado a las circunstancias económicas del premuerto, per-

---

(94) *Hammond v. Mitchell* [1991] 1 W.L.R. 1127, p. 1138.

(95) *Vide* CRETNEY, *Elements of Family Law*, cit., p. 108 y ss.

(96) *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*, Sec 1(1) y 1(3). *Vide* CRETNEY, *Elements of Family Law*, cit., p. 111 y ss.; PARKER, *Cohabitees*, cit., p. 174 y ss.; PRIEST, *Families Outside Marriage*, cit., p. 142 y ss.; PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 210 y ss.

(97) Por todos, PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 211-215.

mitiéndole así una participación en su patrimonio. El conviviente de hecho supérstite, en cambio, sólo tiene derecho a una congrua sustentación. Si la herencia del conviviente es insuficiente para satisfacer tanto los derechos de un cónyuge supérstite que ya dispone de medios necesarios para garantizar su subsistencia como la congrua sustentación del conviviente de hecho, prevalen los derechos de éste (98).

c) Que el tribunal considere que no se ha hecho ninguna otra atribución para proveer al sostenimiento del conviviente supérstite y que valore cual es la adecuada, en atención a las circunstancias del caso. En este tema, el tribunal tendrá en cuenta, entre otros aspectos, los medios económicos y las necesidades que el conviviente supérstite tiene en aquel momento y que previsiblemente puede tener en el futuro, así como los medios y las necesidades, actuales y previsibles, de cualquier otro familiar que tenga derecho a ser alimentado con cargo a la herencia aunque no lo haya solicitado; las obligaciones y las deudas que el premuerto tenía en relación a cualquier solicitante o beneficiario; el volumen y la naturaleza de los bienes y derechos del caudal relicto; las eventuales deficiencias de carácter físico o psíquico del solicitante o beneficiario y, en general, cualquier otra circunstancia, incluida la conducta del solicitante o de cualquier otra persona que pueda ser relevante para el caso (99).

d) Que el tribunal adopte alguna medida concreta en favor del conviviente supérstite. Esta medida sólo podrá estar orientada a proveer la congrua sustentación del conviviente, si bien podrá adoptar diversas formas: así, tanto podrá consistir en una pensión pecuniaria periódica, como en una suma alzada —pagada de una sola vez o a plazos—, como en la atribución en propiedad o usufructo de determinados bienes que, o bien ya forman parte del caudal relicto, o bien se adquieren con cargo a la herencia (100).

#### 2.4. Alemania

El artículo 6 de la Ley Fundamental (en adelante, GG —*Grundgesetz*—) atribuye al Estado la especial protección del matrimonio y de la familia. Esta protección especial no la puede pretender la pareja de hecho. Es más: el art. 6 GG justifica un trato diferenciado del matrimonio y de la pareja de hecho, de tal modo que el tratamiento desigual en

---

(98) Cfr. PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 216.

(99) Vide PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 217-219.

(100) Cfr. PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, cit., p. 219-221.

favor del matrimonio que puede hallarse en diversas regulaciones no lesiona el principio de igualdad contenido en el art. 3 GG (101).

No obstante, la protección que el art. 6 GG otorga al matrimonio no prohíbe que se adopte una regulación para la pareja de hecho e, incluso, en determinados casos, puede ser indicado adoptarla. De todos modos, tanto el principio de libertad matrimonial (art. 6 GG) como el de libre desarrollo de la personalidad (art. 2 GG) exigen del legislador una cierta prudencia para evitar que el conviviente de hecho se vea abocado a una especie de «matrimonio a la fuerza» (102). De acuerdo con ese marco constitucional, toda legislación que se adopte debe estar presidida por dos criterios: 1) no puede colocarse a la pareja de hecho en una situación más favorable que la del matrimonio ya que, a diferencia del matrimonio, la pareja de hecho no goza de una protección constitucional específica; 2) deriva del carácter de garantía institucional que tiene el art. 6 GG que el matrimonio, en cambio, sí puede situarse en una posición más favorable que la de la pareja de hecho; finalmente, 3) la regulación que se establezca no puede comportar directa o indirectamente una coerción a la celebración del matrimonio: por esta razón, no se puede tratar a la pareja de hecho de un modo más desfavorable que a la matrimonial y, al mismo tiempo, más desfavorable que a las personas que no conviven (103).

Por todas esas razones, y a la vista de las diversas manifestaciones y modalidades de la pareja de hecho, la doctrina alemana excluye de manera prácticamente unánime todo intento de establecer una regulación específica de la pareja de hecho (104).

---

(101) Cfr. Manfred LIEB, *Empfiehl es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln?*, Gutachten A für den 57. DJT, München, Beck, 1988, p. A25; Joachim GERNHUBER/Dagmar COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4A, München, Beck, 1994, p. 649.

(102) Cfr. LIEB, *Empfiehl es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft...*, cit., p. A26; GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 649.

(103) Fundamentales, en este sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional alemán BVerfG, FamRZ 1990, 728 y FamRZ 1993, 1419 = NJW 1993, 3058. Para una visión más detallada de la situación jurisprudencial actual vide Herbert GRZIWOTZ, *Rechtssprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, FamRZ 1994, p. 1217-1226.

(104) Vide por todos LIEB, *Empfiehl es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft...*, cit., p. A27; GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 650, y Christiane SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft. Bestandaufnahme, Rechtsvergleich, Gestaltungsvorschläge*, München, Tehle-Rehm, 1995, p. 44 y ss.

### A. Derecho público

La doctrina y la jurisprudencia alemanas admiten con carácter general que, en virtud del deber constitucional de protección del matrimonio que impone el art. 6 GG, el Estado puede hacer depender la realización de determinadas prestaciones o el reconocimiento de beneficios fiscales de la existencia de matrimonio, sin que ese trato diferenciado sea contrario al principio de igualdad (art. 3 GG). Afirman también que la arbitrariedad y la inseguridad jurídica que podría generar el reconocimiento de las mismas prestaciones o de los mismos beneficios a la pareja de hecho refuerzan ese distinto trato. Por un lado, si bien es cierto que se podría pensar en incluir la convivencia de hecho en el supuesto de hecho de la norma que da derecho a la prestación o beneficio, también es cierto que el Estado debería asegurarse, entonces, de que la situación de convivencia de hecho es real y no ficticia, con lo cual se vería obligado a llevar a cabo un tipo de investigaciones que, además de poder ser difíciles y costosas, podrían suponer una intromisión ilegítima en la esfera más íntima de la vida privada de los ciudadanos. Por otro lado, si a pesar de todo la existencia de una situación de convivencia de hecho fuera comprobable, se debería garantizar que esa situación —que es requisito de la prestación o beneficio— se continúa manteniendo en el momento de la petición y en cada momento posterior en que deban hacerse efectivas las sucesivas prestaciones o deban otorgarse nuevos beneficios (105). Por todas esas razones, el reconocimiento de la convivencia de hecho, sea legislativo sea jurisprudencial, es fragmentario y se limita a determinados aspectos, entre los que destacan los que se exponen a continuación dentro de cada uno de sus ámbitos respectivos.

#### a) DERECHO SOCIAL

En el ámbito del Derecho social, la regla general es que los convivientes de hecho reciben el mismo trato que los no convivientes. En los pocos casos en que se tiene en cuenta la situación de convivencia de hecho se hace así para evitar que ésta reciba un trato más favorable que la convivencia matrimonial. Así, por ejemplo:

a) el § 122 del *Bundessozialhilfegesetz* (BSHG), equipara la pareja de hecho a la matrimonial al efecto de computar los ingresos de los

---

(105) Vide por todos GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 650 y ss y, con mayor detalle, Dagmar COESTER-WALTJEN, *Die Lebensgemeinschaft-Strapazierung des Parteiwillen oder staatliche Bevormundung?*, NJW 1988, p. 2085-2090.

convivientes para determinar si existe o no una situación de necesidad que pueda dar lugar a la percepción de prestaciones sociales (106);

b) la *Arbeitsforderungsgesetz* (AFG) también otorga ventajas —y a veces cargas— a la pareja matrimonial, algunas de las cuales se extienden por disposición expresa del legislador a la pareja de hecho. Así, por ejemplo, el § 137 IIa AFG extiende de modo expreso a la pareja de hecho el criterio de computar parte de los ingresos del otro cónyuge para dilucidar si existe la situación de necesidad que da derecho a percibir prestaciones de desempleo y para determinar su cuantía (107);

c) por lo que se refiere a las subvenciones de ayuda a la vivienda, y aunque no hable expresamente de convivientes de hecho, el *Wohn-geldesgesetz* (WoGG) tiene en cuenta los ingresos de las personas que sin ser familiares conviven en la misma vivienda al efecto de excluir la ayuda (§ 18 WoGG) y evitar así dispensar un trato más favorable a otras comunidades de vida que a la comunidad de vida matrimonial (108);

d) en cambio, la Ley que prevé la concesión de becas y otras ayudas al estudio (*Bundesausbildungsförderungsgesetz*, BAföG) discrimina a la pareja matrimonial al tener en cuenta los ingresos del cónyuge del estudiante para determinar si procede la concesión de la ayuda y no, en cambio, los que pueda obtener el conviviente de hecho. Sin lugar a dudas, ello contribuye a desincentivar el matrimonio de aquellas parejas en las que uno de los convivientes estudia (109).

## b) DERECHO FISCAL

En el ámbito del Derecho fiscal el legislador favorece claramente a la pareja matrimonial y trata la pareja de hecho con los mismos criterios generales que aplica a los extraños. Así, por ejemplo, los convivientes de hecho no pueden hacer la declaración de renta conjunta y en los impuestos de sucesiones y de donaciones tributan lo mismo que entre extraños (110). Ello comporta que mientras que la sucesión entre

---

(106) Vide SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 66 y ss.

(107) Cfr. Dieter SCHWAB, *Familienrecht*, 7 A, München, Beck, 1993, p. 346 y SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 70 y ss.

(108) Cfr. SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 69-70.

(109) Cfr. Siegfried DE WITT/Johan Friedrich HUFFMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, 2A, München, Beck, 1986, p. 149-153; Bernd von MAYDELL, *Referat*, 57 DJT, cit., I 49; SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 68-69.

(110) Cfr. DE WITT/HUFFMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 143-145.

cónyuges tributa el 3% (por un caudal hereditario de 50.000 DM), se mueve entre un 5 y un 10% con un caudal hereditario entre los 150.000 y 1.000.000 DM, hasta llegar a un 35%, por el importe superior a los 100 millones de DM, la sucesión entre convivientes de hecho comporta, en los mismos casos, un importe del 20 %, que se mueve entre el 28 y el 48%, y que alcanza hasta el 70% (111).

### c) OTROS SECTORES

En el ámbito del Derecho penal se plantea si debe incluirse el conviviente de hecho en aquellas numerosas disposiciones en que se tiene en cuenta la condición de familiar bien para beneficiar bien para perjudicar al agente o a sus familiares. Así, por ejemplo, se considera como atenuante la provocación de la víctima dirigida contra el agente o sus familiares en el delito de homicidio (§ 213 StGB), atenuante que se estima también si quien ha sido objeto de provocación era el conviviente de hecho del agente. En cambio, no se consideran aplicables al conviviente de hecho las disposiciones que excluyen, en determinados casos, la sanción a los familiares por no haber denunciado que el agente preparaba la comisión de determinados delitos (§ 139 StGB) o por haber cometido perjurio para protegerle (§ 157 StGB) (112). También en el ámbito del Derecho procesal penal se consideran aplicables al conviviente de hecho determinadas normas como, por ejemplo, el derecho a no declarar contra el cónyuge o familiares acusados (113).

## B. Derecho privado

En relación a la patria potestad de los convivientes de hecho sobre el hijo nacido de la unión, el Derecho alemán actual la atribuye únicamente a la madre (§ 1705 BGB) con total postergación del padre, el cual tampoco puede adquirirla por disposición judicial ni por acuerdo con la madre. Como señala la doctrina más autorizada, en relación al hijo no matrimonial «el padre puede ser tutor, y también guardador, pero nunca titular de la patria potestad» (114). A diferencia del padre

---

(111) Puede consultarse la tabla que establece el § 19 ErbStG en Heinrich LANGE/Kurt KUCHNIKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, 3.A., München, Beck, 1989, p. 1066-1067.

(112) Para un tratamiento con mayor detalle vide SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 51-55.

(113) Vide SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 55-64.

(114) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 930.

matrimonial (§ 1634), tampoco tiene ningún tipo de derecho de comunicación con el hijo. En todas estas materias la doctrina alemana actual coincide de modo unánime en que se impone una reforma urgente que permita al padre acceder a la patria potestad sobre el hijo no matrimonial (115).

a) RELACIONES CON TERCEROS

(aa) La vivienda arrendada

En el caso de la vivienda arrendada, la doctrina y la jurisprudencia alemanas distinguen el supuesto en que ambos convivientes son titulares del derecho arrendaticio de aquel otro en que sólo lo es uno de ellos.

(i) *TITULARIDAD CONJUNTA DE LOS CONVIVIENTES*

En este primer supuesto, los convivientes de hecho son acreedores solidarios de la prestación arrendaticia (§ 432 BGB) y deudores solidarios de la renta (§ 421 BGB). Como que el cese de la convivencia no modifica por sí mismo la relación arrendaticia, puede crear diversos problemas como, por ejemplo, que el ex-conviviente que no se queda en la vivienda continúe obligado a pagar la renta o que, si ambos quieren continuar disfrutando de la vivienda arrendada, no exista una solución clara para determinar a cuál de ellos debe corresponder.

En relación al primer problema, puede resultar que por la falta de cooperación de uno de los ex-convivientes no pueda el otro extinguir válidamente el contrato de arrendamiento y continúe por ello obligado a pagar la renta, incluso en el supuesto en que ninguno de los dos habite ya la vivienda arrendada; para solucionar ese problema, la doctrina y la jurisprudencia consideran que puede derivarse de la relación interna existente entre ex-convivientes que uno de ellos está obligado a emitir la declaración de voluntad dirigida a extinguir el contrato de arrendamiento que el otro le reclama, sea por aplicación de las reglas de la sociedad civil (§ 723 BGB), sea por aplicación de las de la comunidad (§ 749 BGB). Resulta entonces que si uno de los ex-convivientes incumple su deber de cooperar en la extinción del contrato, los

---

(115) En los últimos años se han repetido las propuestas de modificación. Vide HINZ/Münchener Kommentar, *Familienrecht*, § vor 1705, p. 805 y ss.; GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 930-933; SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 170-172.

tribunales pueden resolver que el otro quede liberado y que se centre la obligación de pagar el alquiler en el ex-conviviente incumplidor (116).

En relación al segundo problema, el de quién está legitimado para continuar en el uso de la vivienda común tras el cese de la convivencia, se discute la aplicación analógica del § 1361b BGB, que dispone para la pareja matrimonial —y con carácter general, es decir, no limitando la regla a los supuestos de titularidad arrendaticia— que si los cónyuges viven separados o si uno de ellos quiere separarse puede solicitarse al otro la cesión total o parcial de la vivienda conyugal «en la medida en que sea necesaria para evitar una situación de extrema dureza (*schwere Harte*)». La doctrina mayoritaria considera que el precepto, que sólo permite una atribución provisional mientras se tramita la disolución del matrimonio, no puede aplicarse analógicamente a la convivencia de hecho, porque en ella no podrá acordarse una medida provisional de ese tipo al no existir un momento que determine el fin de la provisionalidad (117). Un sector minoritario y alguna sentencia aislada han aplicado analógicamente el § 1361 b BGB a los convivientes de hecho, argumentado que el sentido de la disposición no es regular la ruptura de la convivencia sino evitar una situación de extrema dureza que también puede darse en este otro tipo de convivencia (118).

## (ii) TITULARIDAD EXCLUSIVA DE UNO DE LOS CONVIVIENTES

La primera cuestión que se presenta en el supuesto de un contrato de arrendamiento concluido tan sólo por uno de los convivientes es la de determinar si el arrendador tiene el deber de tolerar dicha convivencia y, si es así, en qué casos. De acuerdo con la opinión dominante, la cuestión se resuelve por analogía con lo que dispone el § 549 BGB para el subarrendamiento: el arrendatario necesitará obtener la autorización del arrendador. Si la convivencia de hecho se origina después de haberse concluido el contrato de arrendamiento, el arrendatario puede exigir que el arrendador le otorgue esa autorización si demuestra que existe el «interés atendible» que prevé el § 549 II BGB; la jurisprudencia entiende que el arrendatario debe exponer sus razones y que el

---

(116) Vide Gerd BRUDERMÜLLER, *Wohnungszuweisung bei Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft?*, FamRZ 1994, p. 208, y allí más referencias.

(117) En este sentido BRUDERMÜLLER, *Wohnungszuweisung...*, cit., p. 213. Vide también SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 352, y LG Hagen FamRZ 1993, 1987.

(118) Cfr. LG München MDR 1990, 1014 = NJW-RR 1991, 834 y, también en favor de este criterio, SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 115.

interés en convivir en la vivienda debe haberse originado con posterioridad a la celebración del contrato, ya que si no fuera así se podría entender que el arrendatario ha intentado burlar por esa vía la oposición conocida o presumible del arrendador. El arrendador podrá denegar su autorización en determinados supuestos (§ 549 II 1 BGB) (119) o hacerla depender de la aceptación de un incremento del alquiler por parte del arrendatario (§ 549 II BGB) (120).

Ante actuaciones por vía de hecho que comportan la expulsión del conviviente (por ejemplo, cambiar la cerradura en su ausencia), se hace hincapié en la condición de coposeedor que adquiere el conviviente no arrendatario, la cual le otorga la protección posesoria incluso ante el conviviente arrendatario (cfr. §§ 858, 861 y 866 BGB) (121). Por otra parte, para evitar situaciones de extrema gravedad, como por ejemplo las que se dan cuando el arrendatario pretende dejar en la calle al otro conviviente y a los hijos comunes, y poder limitar su poder de actuación, se acude al principio general de la buena fe (§ 242 BGB) (122).

En caso de muerte del arrendatario se ha discutido si el conviviente supérstite no arrendatario tiene o no tiene el derecho a subrogarse que el § 569a II BGB reconoce a los familiares (*Familienangehörigen*). La sentencia del Tribunal Supremo Federal de 13 de enero de 1993 (123) se

---

(119) Por ejemplo, si concurre en la persona del conviviente no arrendatario alguna razón importante que justifique la negativa; si las características de la vivienda no admiten su ocupación por otro inquilino —por ejemplo, habitación individual amueblada—; o si ello no les resulta exigible «por otras razones». En relación a esas «otras razones», la jurisprudencia ha tenido ocasión de precisar la contraposición del interés del arrendador —que por razones morales o éticas no quiere tolerar en su inmueble una comunidad de vida no matrimonial— con el interés del arrendatario —que quiere actuar libremente en su domicilio— atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, tales como la ubicación urbana o rural de la vivienda, o el hecho de si el arrendador vive o no en el mismo edificio. Así, por ejemplo, ha denegado a la Iglesia católica el derecho a oponerse a la convivencia de hecho del arrendatario en virtud de que la vivienda que aquella alquilaba se hallaba en un entorno social en el que era plenamente aceptable ese tipo de convivencia y no se ponía en peligro la credibilidad de la Iglesia (OLG Hamm, NJW 1192, 51). En cambio, en otro caso parecido, se reconocía al arrendador el derecho a oponerse en atención al entorno social en el que se encontraba la vivienda y su proximidad a una iglesia (LG Aachen, NJW 1992, 2897). Cfr. SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 84.

(120) Vide SCHWAB, *Familienrecht...*, cit., p. 351; SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 82 y ss.

(121) Cfr. SCHWAB, *Familienrecht...*, cit., p. 351; BRUDERMÜLLER, *Wohnungszuweisung...*, cit., p. 209-210; SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 117-118.

(122) Y no a la aplicación analógica de lo que dispone el § 1361b BGB para los cónyuges (LG Hagen FamRZ 1993, 187).

(123) BGH FamRZ 1993, 533 = NJW 1993, 999 = FuR 1993, 156 m. Anm. Finger.

ha encargado de cerrar la polémica. El Tribunal considera que el § 569a BGB no es directamente aplicable porque el conviviente de hecho no es un familiar, pero admite que es posible la aplicación analógica en atención a la similitud existente entre la comunidad de vida matrimonial y la que se crea con la convivencia de hecho y considera que, por el número de parejas de hecho y por su aceptación social, no puede continuar ignorándose un problema que no pudo prever el legislador (124).

(bb) Indemnizaciones por muerte

El § 844 II BGB reconoce el derecho a reclamar indemnización por la muerte de una persona a aquellas otras que tenían el derecho a obtener de ella alimentos legales aunque no los percibieran efectivamente (125). La cuantía de la indemnización se determina en atención a los ingresos del premuerto y a su presumible esperanza de vida.

La norma establece, pues, un criterio mucho más restrictivo que el que sigue la jurisprudencia española: limita estrictamente el círculo de personas legitimadas a aquellos parientes a los que la Ley reconoce el derecho legal de alimentos: los parientes en línea recta (§ 1601 BGB); el hijo no matrimonial en relación a su padre (§§ 1615 y ss BGB) y a su madre (§§ 1705, 1606 III 2 BGB), el hijo adoptado y los padres adoptivos, entre ellos (§ 1754 BGB), y los cónyuges (§§ 1360 y ss. BGB). En la medida en que los convivientes de hecho no tiene un derecho legal de alimentos entre sí, también están excluidos de las indemnizaciones que se deriven de la muerte de uno de ellos. (126)

No obstante, se ha apuntado que podría existir una excepción en favor de la conviviente de hecho madre de un hijo común, dado que el § 16151 BGB otorga a la madre no matrimonial un derecho legal de alimentos, en el sentido del § 844 II BGB, a cargo del padre, y por un período que va desde la seis semanas anteriores al parto hasta las ocho semanas posteriores y que, en determinadas circunstancias, puede llegar a tener una duración de 16 meses. (127)

---

(124) La constitucionalidad de esta interpretación del § 569a BGB ya había sido apuntada anteriormente por la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 3 de abril de 1990 (BVerfG 82, 6 = FamRZ 1990, 727 = NJW 1990, 1593). Sobre el significado y alcance de esa sentencia *vide* F. W. BOSCH, *Bundesverfassungsgericht und nichteheliche Lebensgemeinschaft*, FamRZ 1991, p. 1-8.

(125) En el mismo sentido, la legislación especial de daños: § 311 HaftpflG, § 1011 StVG, § 3511 LuftVG y 2811 AtomG.

(126) *Cfr.* DE WITT/HUFFMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, *cit.*, p. 100-102.

(127) En este sentido, SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, *cit.*, p. 96.

## b) RELACIONES ENTRE LOS CONVIVIENTES DE HECHO

También en Alemania la mayor parte de los problemas patrimoniales que se plantean en la convivencia surge tras la ruptura, fundamentalmente, cuando un conviviente ha realizado atribuciones patrimoniales que han engrosado el patrimonio del otro, o cuando lo que se reclama es una compensación por las prestación de servicios en la empresa del otro o por la dedicación a la casa y a los hijos comunes. La doctrina intenta resolver esos problemas echando mano de la normativa general de las donaciones, la sociedad, el mandato o el enriquecimiento injustificado. La jurisprudencia, más cautelosa, considera generalmente que no pueden ser objeto de compensación aquellas contribuciones que se han realizado para posibilitar la convivencia (p. ej., contribuciones al sostenimiento, a la cofinanciación de bienes del ajuar doméstico, financiación de un automóvil usado por ambos, etc.), ni tampoco aquellos sacrificios o servicios personales que ha hecho uno de los convivientes en beneficio del otro; admite, en cambio, la posibilidad de otorgar compensación en aquellos supuestos en que el uso del patrimonio de uno de ellos ha comportado un enriquecimiento del otro.

Así, se ha planteado la posibilidad de otorgar una compensación, fundamentada en la doctrina de la desaparición de la base del negocio, en los supuestos de adquisición o construcción de inmuebles en los que, a pesar de adquirirse el edificio o el solar conjuntamente y por mitad, o bien el precio de compra procede tan solo de uno de los convivientes, o bien se construye en el solar del otro o se contribuye a la edificación con prestaciones de trabajo. La misma cuestión se ha planteado en aquellos otros supuestos en que un conviviente realiza prestaciones destinadas a asegurar una vida o una vejez en común, como por ejemplo el pago de primas de seguros de vida o de cantidades para la constitución de un fondo de pensiones (128). En relación a los cónyuges, el Tribunal Supremo Federal ha considerado, desde principios de los 70, que esas prestaciones no tiene el carácter de donaciones sino que son «atribuciones inominadas» (*unbennante Zuwendungen*), que no pueden considerarse ni gratuitas ni onerosas y que se fundamentan en un negocio jurídico-familiar *sui generis* al cual se le puede aplicar la doctrina de la base del negocio para reclamar la restitución en caso de ruptura de la convivencia (129). En cambio, en relación a los convivientes de hecho, los tribunales alemanes son poco proclives a

---

(128) Vide Rainer HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich*, München, Beck, 1989, p. 320-340.

(129) Vide BGH 7-1-1972 FamRZ 1972, 201 = NJW 1972, 580.

aplicar esa misma doctrina (130); además, el interés por utilizar esta vía ha decaído recientemente al considerar el Tribunal Supremo Federal que esas «atribuciones inominadas» tributan como donaciones a pesar de que civilmente no lo sean (131).

Si se llega a determinar que lo que existe entre los convivientes es una donación, el donante podrá revocarla si concurren los requisitos establecidos para las causas generales de revocación (§§ 528 y ss BGB). En ese contexto una importante causa de revocación puede ser la ingratitud (§§ 530, 531 BGB). La jurisprudencia no considera, sin embargo, que la simple ruptura injustificada de la convivencia sea causa de ingratitud que permita revocar la donación; se requiere algo más, como podría ser que el cese de la convivencia se produzca de un modo que comporte una infracción grave a la confianza mutua debida (p. ej., que el donatario acepte la donación cuando ya ha tomado la decisión de poner fin a la convivencia) (132). Además, se deberá tener en cuenta que el § 534 dispone que están excluidas de la revocación aquellas donaciones que obedecen a un deber moral (*sittlichen Pflicht*) o que constituyen regalos al uso; el deber moral podría justificar, incluso en la actualidad, la irrevocabilidad de las donaciones hechas por el hombre a la mujer en el momento del cese de la convivencia de hecho (133); la irrevocabilidad de los regalos hechos de acuerdo con el uso, en cambio, no sería obstáculo a la revocación de aquellas donaciones que tengan por objeto bienes inmuebles. (134)

Otras instituciones a las que se recurre para resolver las relaciones patrimoniales tras el cese de la convivencia de hecho son:

---

(130) Así, no la aplica la sentencia del Tribunal Supremo Federal de 24-3-1980 (FamRZ 1980, 664 = NJW 1980, 1520). El único supuesto de aplicación que cita la doctrina es la sentencia del OLG Hamm de 28-1-1983 (FamRZ 1983, 494), en la que el tribunal admitió la compensación equitativa de uno de los convivientes de hecho, de acuerdo con los principios de la desaparición de la base del negocio, por sus contribuciones dinerarias y en trabajo a la construcción de una vivienda destinada a la vida en común. Cfr. HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 327 y ss.

(131) A partir del 31 de mayo de 1994. Vide SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 153.

(132) Cfr. HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 163 y ss.; SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 153 y ss.

(133) Así la sentencia OVG Schleswig (NJW 1992, 258), que mantiene el mismo criterio que ya mantenía el *Kammergericht* a principios de siglo (25-2-1909, OLG 22, 138 y ss.). Vide también HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 180 y ss. SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 8 y p. 155-156.

(134) Vide SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 156.

a) La sociedad civil, en la que resulta decisivo determinar en qué medida la convivencia sin matrimonio puede dar lugar a la existencia de una sociedad que, a falta de contrato expreso, derivaría de la voluntad de los convivientes de hecho manifestada mediante actos concluyentes. Ciertamente, el aspecto personal de la relación no podría ser objeto del contrato de sociedad; si que se podrían considerar, en cambio, algunos aspectos patrimoniales, especialmente en aquellos casos en que los convivientes contribuyen a la creación de un patrimonio y presuponen no sólo que podrán disfrutarlo conjuntamente mientras dure la convivencia, sino también que deberá repercutir en beneficio de ambos. Los casos más frecuentes son aquellos en los que la contribución conjunta de trabajo e ingresos comportan únicamente el incremento del patrimonio de uno de los convivientes, como por ejemplo el desarrollo de una empresa que es propiedad privativa de uno de los convivientes mediante la contribución personal y económica del otro (135), o la construcción de una casa en un solar que es propiedad exclusiva de uno de ellos con la contribución personal y económica del otro (136). En estos casos, no obstante, la jurisprudencia se halla dividida, principalmente porque en alguno de ellos (p. ej., en el de la construcción de la vivienda) puede llegarse a considerar que la razón de la actuación conjunta se encuentra precisamente en hacer posible la continuación de la relación, sin que ninguna de las dos partes espere participar en beneficio alguno (137).

b) Finalmente, otras figuras a las que se recurre, argumentando la existencia de un contrato tácito establecidos por actos concluyentes, son el mandato (especialmente en relación a la corresponsabilidad de un conviviente por las obligaciones que ha contraído el otro y que en parte le han beneficiado) (138), o bien el contrato de arrendamiento de servicios (siempre que no se trate de aquellas prestaciones personales propias de la comunidad de vida que genera la convivencia, como por ejemplo la dedicación al hogar o a los hijos, o el cuidado del conviviente enfermo) (139). También se ha recurrido a la figura del enriquecimiento injustificado en los casos en que la prestación que ha llevado a cabo uno de los convivientes se ha reflejado en el patrimonio del otro como un enriquecimiento que continúa subsistente en el momento de la ruptura de la convivencia (140).

---

(135) BGH 12-7-1982 FamRZ 1982, 1065 = NJW 1982, 2863 = JuS 1983, 145 (Ingeniero que había construido una empresa de aparatos electrónicos en un solar propiedad de la mujer con la que convivía y en la que ésta no sólo había contribuido con su trabajo sino que había aportado capital para ampliarla).

(136) BGH FamRZ 1985, 1232 = NJW 1985, 1841.

(137) Cfr. HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 200 y ss., p. 212-213.

(138) HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 184 y ss.

(139) HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 123 y ss.

(140) HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, cit., p. 281 y ss.

## (aa) En particular, la vivienda en propiedad

No plantea problemas especiales la vivienda que es propiedad de ambos convivientes; de acuerdo con la regulación general, ambos tienen la condición de copropietarios (§ 741 BGB), y cualquiera de ellos puede solicitar en todo momento la división de la cosa común (§743 I BGB) o intentar ponerse de acuerdo con el otro conviviente sobre el destino de la vivienda (§ 745 II BGB) (141).

Si la vivienda es propiedad exclusiva de uno de los convivientes de hecho, puede ser que el otro tenga algún derecho en ella por aplicación de las figuras jurídicas vistas con anterioridad; si no es así, el titular podrá pedir al otro que la abandone (§ 985 BGB) y éste no podrá pretender el ejercicio de un derecho de retención sobre ella (§ 273 BGB). A falta de acuerdo, la única medida de protección del conviviente no propietario es la obtención de un plazo para desalojar la vivienda que sea razonable, atendidas las circunstancias, y que en ningún caso podrá exceder al año (§ 721 ZPO) (142).

## (bb) En particular, los bienes del ajuar doméstico

Cada conviviente de hecho es propietario exclusivo de los bienes del ajuar doméstico que aporta a la convivencia. En caso de conflicto, el problema principal será determinar la titularidad; a falta de inventario, se discute si es aplicable por analogía la presunción que el § 1362 II BGB establece para los cónyuges y según la cual, tanto entre cónyuges como frente a terceros, se presume que las cosas destinadas al uso exclusivo de uno de los cónyuges sólo le pertenecen a él (143). No parece aplicable, en cambio, la regla de subrogación real que establece el § 1370 BGB para el régimen legal de participación (144).

Mayores problemas plantean los bienes adquiridos una vez iniciada la convivencia. En primer lugar, no se admite la aplicación analógica a los convivientes de hecho de las reglas sobre la potestad doméstica establecidas en el § 1357 BGB: el conviviente de hecho que realiza negocios para atender las necesidades ordinarias de la comunidad de vida no vincula el patrimonio del otro conviviente, excepto en los supuestos

---

(141) BRUDERMÜLLER, *Wohnungszuweisung...*, cit., p. 207-216, p. 208.

(142) BRUDERMÜLLER, *Wohnungszuweisung...*, cit., p. 210.

(143) Extiende la presunción a la pareja no matrimonial la sentencia del AG Eschweiler (FamRZ 1992, 942).

(144) Vide SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 133-134, y allí más bibliografía.

generales de actuación representativa y en aquellos otros en que se haya creado la apariencia de matrimonio y sea necesario proteger la confianza de la otra parte contratante (145). En segundo lugar, en los casos de duda sobre a cuál de ellos pertenece la titularidad, existe en favor del que demuestra la coposesión la presunción de copropiedad que en favor de todo coposeedor establece el § 1006 BGB, y se cuestiona, entonces, como puede destruirse esa presunción. Se ha apuntado que pueden considerarse comunes aquellos bienes del ajuar doméstico que han sido adquiridos con cargo al dinero puesto en común o a una cuenta conjunta, y aquellos otros que lo han sido mediante adquisiciones en las que ambos aparecen como deudores; en caso de duda sobre las respectivas cuotas, se estima que han sido adquiridos por mitad. En cambio, se consideran privativos lo que adquiere exclusivamente uno de ellos con cargo a su propio patrimonio (146).

No existe un procedimiento que regule la distribución de los bienes del ajuar doméstico en caso de ruptura de la convivencia; la distribución de los bienes comunes se realiza por las reglas generales de la división de la comunidad por cuotas (§§ 749 y ss BGB) (147).

#### (cc) Derechos sucesorios del conviviente supérstite

En Derecho alemán tienen derecho a la sucesión intestada los parientes que determina el § 1924 BGB y los cónyuges (§ 1931 BGB). La práctica judicial y la mayor parte de la doctrina han desatendido sistemáticamente todo intento doctrinal aislado de extender a los convivientes de hecho los derechos sucesorios que el § 1931 BGB atribuye a los cónyuges (148).

En la sucesión testada se ha superado, a partir de los 70, la jurisprudencia que, por la mera existencia de convivencia de hecho, consideraba contrarias a la moral y a las buenas costumbres las disposiciones

---

(145) Vide GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 642; SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 353 y SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*., cit., p. 90-92.

(146) En este sentido SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 353. En contra de que se puedan deducir estas reglas del estado actual de la jurisprudencia, SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*., cit., p. 135, quien señala que la situación jurídico-real de los bienes dependería del modo como se lleva a cabo la convivencia, de su duración, y de sus objetivos.

(147) Vide GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, cit., p. 661-662; SCHWAB, *Familienrecht*, cit., p. 354.

(148) Vide por todos Heinrich LANGE/Kurt KUCHNIKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 202 y nota 50. En favor de la extensión, SCHWENZER, *Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, JZ 1988, p. 781-832, p. 786.

testamentarias hechas entre convivientes (149). Sin embargo, todavía se mantiene en la jurisprudencia reciente el criterio de que esas disposiciones serán nulas, por ser contrarias a la moral, si tienen por objeto principal perjudicar al cónyuge o a un hijo matrimonial del causante (150).

A diferencia de los cónyuges, los convivientes de hecho no pueden hacer testamento mancomunado (§ 2265 BGB): el testamento mancomunado de los convivientes de hecho es, pues, nulo en principio, si bien se puede producir una conversión del negocio testamentario nulo en dos testamentos simples válidos si concurren los requisitos necesarios para ello (151). En cambio, pueden celebrar un contrato sucesorio (§§ 2274 y ss BGB), si bien en este caso no se aplicarán aquellas disposiciones referidas específicamente a los cónyuges como, por ejemplo, las relativas a los distintos requisitos de capacidad (cfr. § 2275 II BGB) o a la invalidez de las disposiciones hechas en favor de uno de los cónyuges que, en caso de duda, provoca el divorcio (cfr. §§ 2077 y 2279 BGB) (152).

También se plantean dudas sobre si los convivientes de hecho gozan de algún beneficio viudal, como por ejemplo el *Dreißigste* que la Ley otorga al cónyuge supérstite. El *Dreißigste* es un legado legal por el que el heredero queda obligado a prestar alimentos, y a permitir que continúen en la vivienda durante treinta días, a aquellos parientes que en el momento del óbito percibían alimentos del causante y convivían con él (§ 1969 BGB) (153). Un sector de la doctrina niega la extensión de la institución a la pareja de hecho (154), mientras que la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria incluyen a los convivientes de hecho dentro del grupo de parientes a los que se refiere el texto legal (155). Existe, en cambio, un consenso generalizado en que no se puede extender a la pareja de hecho el derecho de predetracción (*Voraus*)

---

(149) A partir de la sentencia BGHZ 53, 369 = FamRZ 1970, 368 = NJW 1970, 1273.

(150) Vide Hebert GRZIWOTZ, *Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, FamRZ 1994, p. 1217-1226, p. 1219 y p. 1226 y SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 157-158.

(151) Vide Othmar JAUERNIG (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch, 7. A.*, München, Beck, 194, § 2265 BGB, p. 1884, GRZIWOTZ, *Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, cit., p. 1226 y BVerfG NJW 1989, 1986.

(152) Cfr. GRZIWOTZ, *Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, cit., p. 1226 y SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 159-160.

(153) Vide LANGE/KUCHNIKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 272-273.

(154) Así, p. ej. STEINERT, *Vermögensrechtliche Fragen während des Zusammenlebens und nach Trennung Nichtverheiräteter*, NJW 1986, p. 683-689, p. 686; JAUERNIG, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 1969, p. 1735.

(155) Vide por todos OLG Düsseldorf NJW 1983, 1566, LANGE/KUCHNIKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 272 y SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft...*, cit., p. 163-164 y allí más referencias.

referido a los bienes del ajuar doméstico y a los regalos de boda que establece el § 1932 BGB en beneficio del cónyuge superviviente heredero en la sucesión intestada (156).

### 3. PAISES CON REGULACION ESPECIFICA

#### 3.1. Suecia

##### A. Antecedentes

Como se ha indicado, la mayoría de los países europeos ha optado por no regular la pareja de hecho, ni tan solo de un modo parcial. Incluso se ha resistido a legislar sobre la materia, por el deseo de preservar la institución matrimonial, un país como Dinamarca, que desde el 1 de octubre de 1989 (157) cuenta con una institución equiparable al matrimonio homosexual y admite que estas parejas puedan inscribirse oficialmente para obtener así unos derechos análogos a los que la ley reconoce al matrimonio heterosexual (pensiones, derechos sucesorios y derecho a la vivienda familiar) (158). Suecia, en cambio, con ocasión de las reformas del Derecho matrimonial llevadas a cabo a partir de la segunda mitad de los años 80, ha desarrollado una regulación parcial y específica que data de principios de los 70 y que, aún hoy, se refiere exclusivamente a la atribución y al reparto de la vivienda común de los convivientes de hecho y de su correspondiente ajuar doméstico. El resto de cuestiones relativas a las parejas de hecho se deduce de la mención esporádica y puntual que se encuentra en leyes generales o del silencio de éstas. Así, por ejemplo, el Código de la Propiedad Inmobiliaria dispone que el arrendador está obligado a aceptar como arrendatario al conviviente de hecho que continúa en la vivienda común tras el

---

(156) Vide por todos LANGE/KUCHNIKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, cit., p. 210 y ss. y SCHREIBER, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*., cit., p. 164 y allí más referencias.

(157) Fecha de entrada en vigor de la Ley n.º 372, de 7 de junio de 1989, de convivencia.

(158) El tratamiento de la pareja homosexual excede el marco de este trabajo. Sobre la legislación danesa en esta materia vide Andreas WACKE, *Die Registrierung homosexueller Partnerschaften in Danemark*, FamRZ 1990, p. 347-351 (reproduce en alemán el texto de la ley); Linda NIELSEN, *Family Rights and the «Registered Partnership» in Denmark*, International Journal of Law and the Family, 4, 1990, p. 297-307; Marianne Hojgaard PEDERSEN, *Denmark: Homosexual Marriages and New Rules Regarding Separation and Divorce*, Journal of Family Law, 1991/1992, p. 289-293, p. 292 y Henning BECH, *Report from a rotten State: «Marriage» and «Homosexuality» in Denmark*, en Ken PLUMMER (Ed.), *Modern Homosexualities*, London/New York, Routledge, 1992, p. 134-147.

cese de la convivencia. De diversas normas se deduce también que entre convivientes de hecho no rige la presunción de paternidad, que no existe un deber de alimentos, ni tampoco el derecho a usar el apellido del otro. A diferencia de los cónyuges, los convivientes de hecho tampoco tienen derechos sucesorios recíprocos ni pueden adoptar conjuntamente (159).

B. *La Ley (1987:232) sobre el hogar común de los convivientes de hecho*

La Ley (1987:232) sobre el hogar común de los convivientes de hecho (160), que entró en vigor el 1 de enero de 1988, regula exclusivamente el destino de la vivienda y de los bienes del ajuar doméstico que sean comunes, y deja al margen de la regulación tanto el resto de relaciones patrimoniales como el bloque de relaciones personales entre convivientes. En este sentido, el § 1 I dispone:

*Esta Ley regula todo lo referido a la vivienda y a los bienes que componen su ajuar doméstico.*

Para entender el verdadero alcance de la Ley, debe situarse previamente en el marco del régimen económico matrimonial sueco que, a diferencia de lo que ocurre en otros países como el nuestro, es único —por lo que no tiene sentido hablar de régimen económico legal— si bien las partes pueden introducir modificaciones en capítulos (161). Como es bien sabido, pertenece a los llamados regímenes nórdicos, introducidos en los años 20 además de en Suecia, en Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega, y es un régimen de participación, pero con unas características muy especiales que lo alejan de otros como los regulados en los códigos alemán, español, francés o suizo. De un modo similar a lo que sucede en esos otros regímenes, el régimen de participación sueco funciona como un régimen de separación durante el matrimonio; cada cónyuge administra sus bienes y no vincula los del otro por las deudas

---

(159) Cfr. Michael BOGDAN/Ann NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, en *Centenario del Código civil*, Pinoso, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, 1989, p. 47-65, p. 60-61 y Goran HÅKANSSON, *Die rechtliche Behandlung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften in Schweden*, en Uwe BLAUROCK (Hrsg.), *Entwicklungen im Recht der Familie und der außerehelichen Lebensgemeinschaften*, Frankfurt am Main, Metzner, 1989, p. 9-20, especialmente p. 13 y ss.

(160) Lag (1987:232) *om sambors gemensamma hem*.

(161) Para un tratamiento en detalle, *vide* por todos Anders AGELL, *Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe in Schweden*, en Uwe BLAUROCK (Hrsg.), *Entwicklungen im Recht der Familie und der außerehelichen Lebensgemeinschaften*, Frankfurt am Main, Metzner, 1989, p. 83-115.

que contrae; sin embargo, a diferencia de los regímenes mencionados, en el régimen de participación sueco el derecho a participar no se limita exclusivamente a las ganancias, sino que se extiende a la totalidad del patrimonio neto del otro cónyuge, valorado en el momento de la disolución, e incluye tanto los bienes adquiridos con anterioridad a la celebración del matrimonio, como los adquiridos con posterioridad por donación, título sucesorio o, en general, por cualquier otro. No existe, pues, una deducción de lo que se podría llamar «patrimonio inicial»: todo el patrimonio de cada uno de los cónyuges es, por consiguiente, objeto del derecho eventual de participación, con la única excepción de aquellos bienes que, por disposición expresa contenida en capitulaciones matrimoniales, hayan sido calificados como privativos y que, por lo tanto, se hayan excluido de la eventual participación (162).

La Ley sobre el hogar común de los convivientes de hecho parte de esos mismos presupuestos y, en general, sigue muy de cerca la regulación del régimen económico matrimonial con la notable diferencia, no obstante, de que limita los bienes objeto de participación a la vivienda común y a los bienes que componen su ajuar doméstico. Con todo, la regulación no tiene carácter imperativo: las parejas de hecho que no deseen la protección que les brinda la Ley puede excluir, mediante convenio, su aplicación (§ 5) (163). Este convenio se asimila así a aquellas capitulaciones matrimoniales en las que los cónyuges atribuyen a determinados bienes el carácter de privativos para excluirlos así del régimen de participación (164).

#### a) AMBITO DE APLICACIÓN

##### (aa) Ambito personal

Uno de los aspectos más problemáticos de la Ley se halla en la determinación de su ámbito de aplicación personal. El § 1 II dispone que:

---

(162) Cfr. Anders AGELL, *Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe in Schweden*, cit., p. 84 y ss. Vide también Anders AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, FamRZ 1990, p. 817-822, p. 819-820.

(163) Cfr. BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 51 y Anders AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, FamRZ 1990, p. 817-822, p. 819-820. Vide también Christoph SPINDLER, *Aktuelle Neuregelungen des Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Schweden*, FamRZ 1988, p. 913-915 y Ulrike RADAU, *Die Gesetzgebung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Schweden*, MDR 1989, p. 703-706.

(164) En este sentido, AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 820.

*La regulación de esta Ley es aplicable a las relaciones de convivencia en las que una mujer no casada y un hombre no casado viven juntos en condiciones análogas a las del matrimonio.*

La doctrina sueca critica este aspecto de la Ley y señala que incluso si los convivientes son juristas profesionales les resultará difícil llegar a saber con toda seguridad si la Ley les es aplicable o no (165). De todos modos, en la interpretación del precepto anteriormente mencionado se destaca que:

a) Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley las parejas homosexuales. No obstante, esta exclusión carece de importancia porque otra norma, la Ley 1987:814 sobre los convivientes homosexuales, extiende la regulación a esas otras parejas (166). Esta segunda Ley consta sólo de unos cuantos párrafos que se limitan a establecer que también se aplicarán a las parejas homosexuales determinadas disposiciones referidas a las parejas de hecho, incluidas las de la Ley sobre el hogar común, pero sin indicar que en estos casos exista una situación análoga a la del matrimonio. Por esta razón, todo lo que se apunta a continuación vale *mutatis mutandi* para los convivientes de hecho homosexuales.

b) Del texto legal anteriormente citado se desprende también que, para evitar colisiones con la legislación matrimonial, la normativa de la pareja de hecho no es aplicable a aquellas parejas en las que al menos uno de los convivientes está casado con un tercero (167).

c) En virtud de la referencia a que esa convivencia debe ser «en condiciones análogas a las del matrimonio», y de lo que resulta de los materiales prelegislativos, la doctrina considera que también ha de quedar excluida del ámbito de la Ley la convivencia entre padres e hijos, entre hermanos y, en general, entre aquellas personas entre las cuales exista algún impedimento para contraer matrimonio (168). Aunque no haya quedado reflejado en el texto de la Ley, de los trabajos preparatorios se desprende también que el legislador partía de una relación

(165) Cfr. BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 53. Vide también AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 819-820.

(166) *Lag (1987:813) om homosexuella sambor*. Existe una nueva ley referida a las parejas homosexuales aprobada por el Parlamento sueco en agosto de 1994 y en vigor desde el 1 de enero de 1995 que permite el registro de las parejas homosexuales, con plenos efectos civiles, y que sigue muy de cerca el modelo danés y la ley noruega de 30 de abril de 1993.

(167) Cfr. BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 51. AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 820.

(168) Cfr. BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 52-53.

entre hombre y mujer que comportaba una cierta estabilidad (como mínimo, de seis meses) y, normalmente, una economía y un hogar comunes, además de la existencia de relaciones sexuales; la existencia de hijos comunes era un indicio claro de la existencia del tipo de convivencia requerido por la Ley. (169) La convivencia «en condiciones análogas al matrimonio» comporta también una cierta exclusividad que dejaría fuera del ámbito de la Ley los supuestos de convivencia simultánea con diversas personas (170).

(bb) Ambito material: bienes comprendidos

De acuerdo con lo que dispone el § 1 I, la Ley se aplica únicamente a la vivienda que los convivientes han destinado a vivienda común y a su correspondiente ajuar doméstico. El § 4 explicita que no es aplicable a una segunda residencia ni a su ajuar.

La vivienda común puede ser propiedad de uno solo de los convivientes o de ambos (§ 2, 1); también puede ser objeto de un derecho real de goce o de un derecho de crédito del cual son titulares ambos convivientes o sólo uno de ellos (§ 2, 2-4). Se consideran bienes del ajuar doméstico «...los muebles, las máquinas y algún otro utensilio del que se disponga en régimen de uso común en la vivienda» (§ 3 I); no lo son, en cambio, «...todos aquellos que sean de uso privativo de uno solo de los convivientes» (§ 3, II). De estos y de otros preceptos resulta que:

a) Los bienes han de estar destinados al ajuar doméstico (§ 3). No se incluyen otros bienes (como por ejemplo, el automóvil común), aunque sean de utilización conjunta, ni tampoco aquellos bienes que aunque por su naturaleza podrían ser destinados al hogar común (por ejemplo, una máquina de coser) se utilizan para el ejercicio de una actividad profesional (171).

b) Del § 5 resulta que la Ley se aplica exclusivamente a la vivienda y a aquellos bienes del ajuar doméstico adquiridos durante la convivencia o poco antes para ser utilizados conjuntamente. La doctrina considera que aunque la Ley no se aplique a la vivienda adquirida antes de iniciarse la convivencia y sin intención de ser utilizada conjuntamente, si se aplicará a la nueva vivienda adquirida durante la

---

(169) Vide AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 820.

(170) Cfr. BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 53.

(171) Cfr. AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 819.

convivencia para sustituirla (172). En estos casos, para evitar una participación por mitad que podría resultar injusta atendidas las circunstancias, la aplicación de la regla de equidad prevista en el § 9 permitirá, como se verá más adelante, una participación desigual (173).

## b) RÉGIMEN DE LA VIVIENDA Y DEL AJUAR DOMÉSTICO

### (aa) Límites a la libertad de disposición

Los §§ 17 a 19 limitan la libertad de disposición sobre la vivienda común y su ajuar doméstico. El principio general es que el titular no puede disponer sin el consentimiento del otro conviviente; si lo hace, el acto de disposición será anulable a instancia del conviviente de hecho perjudicado, con la debida salvaguarda de los derechos de terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso (§ 19 II). Estos límites a la libertad de disposición tienen por objeto proteger el derecho eventual del otro conviviente a participar en estos bienes tras el cese de la convivencia.

### (bb) División y liquidación de los bienes

Las normas de división y liquidación establecidas en los §§ 5 a 15 no son imperativas. Tan sólo se aplican en defecto de lo que los convivientes puedan haber pactado en un convenio de convivencia de hecho (§ 5 II).

Dichas normas, circunscritas a una determinada masa de bienes pero muy parecidas a las establecidas para los cónyuges, disponen que en primer lugar deben calcularse las partes que corresponden a cada uno de los convivientes (§ 6). El momento relevante para determinar qué bienes quedan incluidos y su valor es aquél en el que la convivencia de hecho se haya dado por finalizada (§ 14 II). En la valoración de la parte de cada conviviente se debe descontar el importe de las deudas que gravan la vivienda o los bienes que componen el ajuar doméstico y el de otras deudas contraídas por razón de esos bienes (§ 7 I). El resto

---

(172) Aquí, a diferencia de lo que sucede en el régimen económico matrimonial, la distinción entre bienes incluidos y bienes excluidos obliga a recurrir al mecanismo de la subrogación real. Cfr. AGELL, *Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe in Schweden*, cit., p. 87 y ss., AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 821 y BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 55.

(173) Cfr. AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 821.

de deudas, es decir, las que no gravan el bien y las que no tienen ninguna relación con los bienes en cuestión, sólo se podrán descontar cuando el titular de los bienes no pueda hacer frente a ellas de ningún otro modo (§ 7 II). Lo que queda del valor de la vivienda y de los bienes del ajuar doméstico de cada uno de los convivientes después de haber deducido las deudas mencionadas, se suma y se divide entre ellos por mitad (§ 8).

Este principio de distribución a partes iguales quiebra por razones de equidad en determinados supuestos. Así, el § 9 abre la posibilidad a que la duración de la convivencia, la situación económica de los convivientes u «otras circunstancias» justifiquen una distribución desigual. Por ejemplo, en el supuesto de concurso de uno de los convivientes, cada uno de ellos puede retener los bienes propios en concepto de participación para excluirlos así de la masa concursal (§ 9 *in fine*). También en el supuesto de cese de la convivencia por muerte de un conviviente el § 12 garantiza al supérstite una participación mínima equivalente al doble del importe básico establecido por la Ley de Seguro Colectivo que, según datos de 1989, se situaba entorno las 55.800 coronas suecas (174).

Por lo que se refiere a la concreta distribución de los bienes, el § 10 establece el principio de que el conviviente más necesitado tiene derecho a que se le asigne la vivienda y los bienes del ajuar doméstico que precise, si bien deberá completar su valor en dinero cuando así proceda (§ 11). Si no existe esa situación de necesidad, cada conviviente podrá retener los bienes propios y pagar al otro en dinero la diferencia de valor (§ 11).

(cc) El derecho a continuar en la vivienda común

El § 16 establece la posibilidad de que uno de los convivientes pueda continuar en la vivienda común tras el cese de la convivencia a pesar de que el inmueble no se halle comprendido entre los bienes que prevé la Ley, bien por no haber sido adquirido durante la convivencia, o bien porque, aunque fue adquirido poco antes, lo fue sin el propósito de destinarlo a vivienda común.

Los requisitos necesarios para poder reclamar esa cesión de vivienda son o bien tener la condición de conviviente más necesitado o bien que «esa cesión, en atención a otras circunstancias, pueda considerarse justificada». La única de esas «otras circunstancias» que la Ley

---

(174) Cfr. BOGDAN/NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, cit., p. 58. AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, cit., p. 820. HÄKANSSON, *Die rechtliche Behandlung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften in Schweden*, cit., p. 11-13.

menciona es que los convivientes hayan tenido hijos comunes (§ 16 I); cualquier otra circunstancia se considera sólo de modo muy excepcional. En esos supuestos, la cesión de vivienda no tiene carácter gratuito ya que la Ley establece la obligación del cesionario de compensar económicamente al titular cedente (§ 16 II).

La Ley prevé también la adopción de medidas provisionales mientras se decide sobre la división y atribución definitiva de la vivienda común y de su ajuar doméstico. Las medidas las adoptan los mismos tribunales competentes en asuntos matrimoniales (§ 23) y pueden ser modificadas en cualquier momento (§ 24 IV). Permiten otorgar provisionalmente la vivienda a uno de los convivientes mientras dura el procedimiento y obligan al otro a trasladarse inmediatamente tan pronto como se haya adoptado esa medida (§ 24 III).

### 3.2. Australia

#### A. Antecedentes

Como en otros países, también en Australia se ha producido a partir de los años 70 un incremento muy considerable del número de parejas de hecho. En el año 1971 dicho número no superaba el 0,6% de todas las parejas familiares existentes, mientras que en el año 1982 alcanzaba ya el 4,7%. El censo de 1986 indicaba que de los 3.575.072 parejas familiares que existían en el país, 204.946 (aproximadamente el 6%) eran parejas de hecho. De acuerdo con los datos contenidos en un informe que se realizó en 1982, el 59% de las parejas de hecho había mantenido su relación entre 2 y 5 años, un 28% había convivido entre 5 y 10 años, y un 8% había mantenido su relación durante 10 o más años; sólo en el 5% de los casos restantes se trataba de una unión de menos de 2 años.

Ese incremento del número de parejas de hecho iba acompañado de un incremento de la aceptación social de ese tipo de convivencia y así, mientras que en 1971 sólo lo aprobaba un 53% de la población, en 1982 lo hacía ya un 66% (175).

Antes de que se aprobaran las diversas regulaciones actualmente en vigor, la jurisprudencia australiana adaptaba a la pareja de hecho los principios de resolución de disputas patrimoniales entre cónyuges que había desarrollado el *Common Law* y que ya se vieron al tratar el tema en el apartado correspondiente a Inglaterra (176). En ausencia de una

---

(175) Vide H. A. FINLAY/A. J. BRADBROOK/R. J. BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, 2nd. ed., Sydney, Butterworths, 1993, p. 681.

(176) Vide Anthony DICKEY, *Family Law*, Sydney, The Law Book Company, 1990, p. 505 y ss.

regulación específica, la jurisprudencia australiana había aplicado esos criterios para la compensación patrimonial de los convivientes de hecho.

En la *leading decision* del Tribunal de Apelaciones de Nueva Gales del Sur, *Allen v. Snyder* ([1977] 2 N.S.W.L.R. 685) (177), una mujer casada y un hombre soltero habían convivido durante 13 años, 8 de los cuales los habían pasado en una casa propiedad del hombre y que éste había adquirido con la ayuda de un préstamo por servicios de guerra. La mujer no había hecho ninguna aportación económica para contribuir a la adquisición. En 1974 los convivientes se separaron y la mujer se quedó en la casa hasta el año 1977, fecha en la que el hombre inició el procedimiento para obtener su deshaucio. La sentencia de Primera Instancia restituyó al hombre en la posesión de la casa. La mujer apeló, pero el Juez desestimó la apelación. El Juez de Apelación consideró que no había existido una intención o un propósito común entre las partes (*common intention*) del que pudiera desprenderse que la mujer llegaría a adquirir la mitad de la casa (*beneficial interest*).

De un modo similar se pronunció pocos años después el Tribunal Superior de Victoria (*Kardynal v. Dodek* [1980] FLC 90-823 (Vic Sup Ct)) al no reconocer a una mujer ningún derecho en el inmueble adquirido por el hombre con quien convivía; si bien la mujer había hecho mejoras menores, no había contribuido económicamente a su adquisición (178).

En la práctica, salvo contadas excepciones, la acción del conviviente de hecho por la que reclamaba una compensación se había visto frustrada por la exigencia de que hubiera existido una contribución económica previa o, en su defecto, una manifestación expresa o unos actos concluyentes de los que se pudiera deducir el acuerdo de compensar contribuciones indirectas mediante un *beneficial interest*.

Una de esas raras excepciones se dio en el caso *Hohol v. Hohol* ([1981] VR 221). Los convivientes de hecho era emigrantes europeos que habían llegado a Australia en 1951 sin ningún patrimonio. Con el transcurso de los años el hombre había ido adquiriendo diversos inmuebles; la mujer, en cambio, no percibía ingreso alguno y se dedicaba exclusivamente a atender la casa y a cuidar de los cuatro hijos que habían nacido de aquella unión. En el momento de la separación, en 1970, la mujer reclamó una parte de los inmuebles adquiridos. El Juez O'Bryan desestimó todas sus peticiones excepto la referida al inmueble denominado «Parcela 180», que correspondía a una parcela adquirida por el hombre en 1961.

---

(177) Se puede consultar en FINLAY/BRADBROOK/BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, cit., p. 711-712.

(178) *Ibidem*, p. 713-714.

Antes de adquirir dicha parcela, la mujer y los hijos habían ido a visitarla y en el transcurso de la conversación que se produjo durante la visita el hombre había afirmado, dirigiéndose a su mujer, que «[T]odo esto es para nosotros, para ti y para mí». La pareja vivió en condiciones precarias en aquella parcela durante varios años hasta que, finalmente, pudo construir en ella una vivienda.

El Juez O'Bryan consideró que los convivientes tenían la intención de que la «Parcela 180» se convirtiera en su residencia familiar, intención común que había de inferirse, en parte, de la conversación que habían mantenido y, en parte, de las circunstancias del caso. Afirmaba también que para que existiera un *constructive trust* se requería que concurrieran los tres elementos siguientes: 1) que las partes tuvieran una intención común (*common intention*) en relación a la adquisición de un *beneficial interest*; 2) que la parte que reclamaba el *beneficial interest* en la propiedad hubiera actuado de un modo que le hubiera comportado algún perjuicio; 3) que el hecho de negar ese *beneficial interest* hubiera comportado algún tipo de fraude o engaño (*fraud*) para el demandante. En principio, la *common intention* debía ser objeto de una declaración expresa, pero la simple conducta también podía ser suficiente. No era necesario, en cambio, demostrar que se había contribuido económicamente a la adquisición del inmueble (179).

A parte del *trust*, otras doctrinas de la *equity*, como por ejemplo el *proprietary estoppel*, la *contractual license* o la del *quantum meruit*, tampoco han sido de gran utilidad para obtener unos resultados más justos en la compensación de las contribuciones indirectas entre convivientes de hecho. La Comisión de Reforma de Nueva Gales del Sur había estimado que las doctrinas de la *equity* eran injustas porque se concentraban en la *common intention* de las partes y en la contribución económica directa realizada para adquirir los bienes, y recomendaba que se elaborara una regulación relativa a los conflictos patrimoniales entre convivientes de hecho «para permitir que el Tribunal pudiera tener en cuenta un abanico más amplio de contribuciones hechas por cada parte en la adquisición, conservación o mejora de los bienes y en el bienestar del otro conviviente o, en general, de la familia» (180).

En la actualidad no existe en Australia una regulación uniforme de la pareja de hecho. Ello se debe a la peculiar distribución de competencias entre la *Commonwealth* y los diversos Estados y Territorios; mientras que aquella tiene atribuida la competencia legislativa en materia matrimonial, se considera que corresponde a éstos la referida a la pareja de hecho; resulta así que junto a un número creciente de Estados que la regulan existen otros que todavía siguen aplicando los principios clásicos del *Common Law*.

---

(179) Vide FINLAY/BRADBROOK/BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, cit., p. 714-715.

(180) Cfr. FINLAY/BRADBROOK/BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, cit., p. 753.

Sin lugar a dudas, la legislación pionera —y la que más influencia ha tenido— ha sido la *De Facto Relationships Act* de 1984 de Nueva Gales del Sur, que ha sido seguida muy de cerca por la *Property Law (Amendment) Act* 1987 de Victoria y la *De Facto Relationships Act* 1991 del Territorio del Norte. Los modelos legales no son idénticos —la regulación de Victoria, por ejemplo, es más restrictiva— pero tienen muchos rasgos comunes. Aquí nos centraremos en el modelo de Nueva Gales del Sur.

### B. La regulación de Nueva Gales del Sur

La *De Facto Relationships Act* de 1984 (DFRA) se elaboró por indicación expresa de la *New South Wales Law Reform Commission* para hacer frente a las graves deficiencias que provocaba la aplicación estricta de los principios de derecho matrimonial económico a las disputas patrimoniales entre convivientes de hecho y que, de modo especial, perjudicaban gravemente a la mujer que se había dedicado a atender la familia y a las tareas domésticas. La Ley establece unos criterios, acompañados de unos principios de equidad, para guiar la decisión judicial sobre la distribución del patrimonio de la pareja de hecho y sigue bastante de cerca el modelo que ya establecía para los cónyuges en esta materia la *Family Law Act* 1975.

La Ley establece las bases legales de la compensación que debe producirse entre los convivientes de hecho una vez ha cesado la convivencia y se ocupa fundamentalmente de tres aspectos: 1) del derecho de alimentos del conviviente de hecho; 2) de la compensación patrimonial por la contribución al incremento del patrimonio inmobiliario del otro conviviente de hecho y 3) de la pensión compensatoria por la contribución al incremento, en general, de las expectativas en el patrimonio del otro conviviente (181).

---

(181) Sobre la regulación que establece la *De Facto Relationships Act* 1984, además de las obras citadas en las notas anteriores, pueden consultarse las monografías de Carol FOREMAN/Stephen O'RYAN, *Guide to De Facto Relationships Act New South Wales*, Sydney, Butterworths, 1985 y de Sigrid DIENST-ROHLÖFF, *Die Entwicklung des «Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaften in New South Wales/Australien*, Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtswesen, 1989. Desde una perspectiva comparada, Sabine VOSS, *Ein Gesetzesvorschlag für die vermögens- und unterhaltsrechtliche Auseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland nach dem Beispiel des De Facto Relationships Act 1984 von Neusudwales/Australien*, Berlín, Duncker und Humblot, 1993. Vide también Gisela SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien —Unter besonderer Berücksichtigung des De Facto Relationships Act 1984 (New South Wales)—*, FamRZ 1987, p. 14-23.

## a) REQUISITOS PARA QUE EXISTA «PAREJA DE HECHO»

La sección 3 DFRA define lo que ésta entiende por «convivientes de hecho» (*de facto partners*). Establece que lo son:

(a) en relación a un hombre, la mujer que vive o ha vivido con el hombre en un hogar común (*on a bona fidei domestic basis*) como su mujer pero sin estar casado con él;

(b) en relación a una mujer, el hombre que vive o ha vivido con la mujer en un hogar común como su marido pero sin estar casado con ella;

«convivencia de hecho» —añade el precepto— significa la relación entre dos convivientes de hecho que consiste en vivir o haber vivido juntos como marido y mujer en un hogar común pero sin estar casados entre sí.

Por lo tanto, los convivientes de hecho se definen como a) compañeros de distinto sexo, b) que viven o han vivido juntos como marido y mujer, c) en un hogar común (*on a bona fidei domestic basis*) (182) y d) sin estar casados entre sí.

La Ley no fija ningún período mínimo de convivencia para que las partes puedan ser consideradas con carácter general como «convivientes de hecho». No obstante, la Sec. 17 dispone que para poder obtener la compensación económica que establece la Ley será imprescindible que la convivencia se haya mantenido como mínimo durante dos años ininterrumpidos. Este requisito no será necesario si los convivientes han tenido un hijo, si quien solicita la compensación ha hecho contribuciones esenciales del tipo que especifica la Ley o que no se podrían compensar adecuadamente de otro modo, o si tiene a su cargo un hijo del otro conviviente (Sec. 20(1) (a) y (b) DFRA). En todos estos casos, el tribunal valorará si el hecho de denegar la petición de compensación económica puede dar lugar o no a una situación injusta para el solicitante.

Aunque la Ley no especifica qué elementos se tendrán en cuenta para apreciar si existe pareja de hecho, la doctrina considera que son relevantes, entre otros, la existencia de un comportamiento similar al que observan las parejas matrimoniales en materias como la atención que los convivientes dedican a los hijos comunes y no comunes; la contribución a los gastos del hogar y de mantenimiento; la distribución de las tareas domésticas; el grado de comunicación entre las partes; la

---

(182) Sobre el significado de la expresión *on a bona fidei domestic basis*, DICKKEY, *Family Law, cit.*, p. 197 indica que, de acuerdo con la interpretación que ha dado la jurisprudencia, significa que los convivientes viven en un hogar común, con unos gastos también comunes, y a cuyo sostenimiento contribuyen —cada uno a su manera— tanto el hombre como la mujer. Se afirma entonces que no se podrá afirmar que una pareja de hecho vive *on a bona fidei domestic basis* si mantiene domicilios familiares separados.

existencia de relaciones sexuales, o la intención que tengan las partes de establecer y continuar una convivencia de hecho. Respecto a las relaciones sexuales se subraya, no obstante, que no son imprescindibles para que se pueda considerar que existe pareja de hecho. En relación al elemento intencional, se afirma que los tribunales indagarán si las partes reconocieron recíprocamente su situación de convivientes de hecho, si públicamente se comportaron como tales y si entre ellos existía una actitud de asociación y protección mutuas manifestada, por ejemplo, mediante visitas regulares al hospital con ocasión de la enfermedad del otro, por el otorgamiento de una disposición testamentaria en favor del otro conviviente, o por el uso de la mujer —como lo haría una esposa— del apellido del hombre con el que convivía. (183)

#### b) LA COMPENSACIÓN PATRIMONIAL

##### (aa) La compensación de patrimonio («property») en sentido estricto

La Sec. 20 DFRA dispone que:

(1) Si de acuerdo con lo que establece este capítulo un conviviente de hecho pide que se dicte una orden de compensación patrimonial en relación al patrimonio de los convivientes de hecho o de cualquiera de ellos, el tribunal puede dictar una orden de ese tipo que compense los intereses patrimoniales en la medida en que le parezca justo y equitativo, teniendo en cuenta:

(a) las contribuciones económicas o no económicas hechas directa o indirectamente por uno de los convivientes de hecho, o a cargo de uno de ellos, para la adquisición, conservación o mejora de cualesquiera bienes comunes o privativos del otro, o las destinadas a incrementar los recursos económicos de los convivientes o del otro y

(b) las contribuciones, incluyendo las relativas a la dedicación al hogar o a los hijos, hechas por cualquiera de los convivientes de hecho al bienestar del otro o al de la familia compuesta por los convivientes de hecho y una o más de las personas que se enumeran a continuación:

(i) un hijo de los convivientes

(ii) un menor aceptado por los convivientes de hecho o por uno de ellos en el hogar de los convivientes, tanto si es hijo de cualquiera de ellos como si no lo es.

.....

---

(183) *Vide* Carol FOREMAN/Stephen O'RYAN, *Guide to De Facto Relationships Act New South Wales*, cit., p. 15-17; DIENST-ROHLOFF, *Die Entwicklung des «Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft» in New South Wales*, cit., p. 174 y ss.; VOSS, *Ein Gesetzesvorschlag*, cit., p. 19-25.

La disposición es muy parecida a la que establece la Sec. 79a de la *Family Law Act* 1975 para los cónyuges, si bien, a diferencia de ésta, sólo tienen en cuenta las contribuciones pasadas, sin referirse para nada a las futuras necesidades de sostenimiento (184). Con base en una equidad judicial controlada, la Ley permite, pues, una distribución patrimonial «justa y equitativa» entre los convivientes de hecho con independencia de las titularidades jurídico-reales formales. La distribución patrimonial se fundamenta en la valoración de las respectivas contribuciones hechas por los convivientes para la adquisición del patrimonio. Se han de considerar tanto las contribuciones económicas directas como las indirectas que hayan servido para la adquisición, conservación o mejora de los bienes o para cualquier otro incremento patrimonial de los convivientes. Además de ese tipo de contribuciones, tienen que considerarse también las consistentes en la atención al hogar o a la educación de los hijos y de aquellos menores que han convivido en el hogar común, y que han propiciado la buena marcha de la comunidad y de la familia que los convivientes hayan formado (185).

Para que pueda producirse la compensación se requiere, no obstante, que la convivencia de hecho se haya mantenido como mínimo durante dos años, o bien que los convivientes de hecho sean padres de un hijo común. En defecto de tales requisitos —y como puerta abierta a la equidad— será necesario que uno de ellos haya hecho contribuciones esenciales a la adquisición de patrimonio hecha por el otro, que no haya obtenido ninguna otra compensación, y que la eventual denegación de la compensación conduzca a un resultado injusto (cfr. Sec. 17 (1) y (2) DFRA). De acuerdo con la Sec. 38 DFRA, el Juez puede ordenar que la compensación de uno de los convivientes se verifique tanto mediante la atribución de un bien determinado o de una cuota de bienes, como mediante el pago en dinero; incluso puede ordenar la venta judicial de bienes para pagar con el importe obtenido la cuota correspondiente.

Como era de esperar de esa formulación tan vaga de la Ley, la jurisprudencia no ha llegado a una interpretación unitaria sobre qué deba entenderse por compensación «justa y equitativa» y, como en los supuestos establecidos en la Sec. 79a de la *Family Law Act* 1975 para las parejas matrimoniales, ha sido y continúa siendo fuente de una cierta inseguridad jurídica. Una de las dificultades principales ha

---

(184) Para las diferencias entre la regulación que establece la *Family Law Act* 1975 para las parejas matrimoniales y la de la *De Facto Relationships Act* 1984 para las parejas de hecho, vide DICKEY, *Family Law*, cit., p. 613 y ss. y 630-632.

(185) Además, y con carácter secundario, el tribunal podrá tener en cuenta otras circunstancias concretas del caso. Cfr. DICKEY, *Family Law*, cit., p. 631.

sido la valoración de la contribución a la atención del hogar o de los hijos (186) que, si bien ha sido reconocida en diversas sentencias, ha sido muy poco valorada hasta fecha reciente.

Probablemente, el punto de inflexión lo marca *Dwyer v. Kaljo* ([1992] DFC 95-127). En este caso, la mujer, demandante, había convivido con su compañero, demandado, durante seis años y medio. El compañero, 25 años mayor que ella, era un hombre rico con un patrimonio aproximado de 11 millones de dólares australianos (AUS\$). Durante la convivencia la mujer se había dedicado a llevar la casa, a gestionar los asuntos domésticos, a ayudarlo en los actos de la vida social y en la educación del hijo que él había tenido en un matrimonio anterior a la convivencia y a actuar, en general, como compañera. La mujer, que durante los años de convivencia había recibido un coche, pieles y joyas, abandonó el hogar común en 1985 y, fundamentando su derecho en la contribución que había realizado al bienestar del demandado y al del hijo de éste, reclamó judicialmente la pensión compensatoria que prevé la Sec. 20 DFRA. El Juez Hodgson partió de la base que era muy difícil valorar esas contribuciones; en primer lugar, aunque consideró que la contribución tenía que valorarse más, tuvo en cuenta que si quien hubiera hecho un trabajo similar durante los casi siete años hubiera sido una empleada, ésta habría cobrado una cantidad que oscilaba entre los 40.000 y los 50.000 AUS\$. Después de valorar la vida de lujo y comodidades que la demandante había disfrutado durante aquel tiempo y el importe de lo que había recibido del demandado (en joyas y objetos de valor, entre 13.000 y 15.000 AUS\$; para la adquisición de un automóvil, 7.600 AUS\$; para la instalación de un negocio, 10.000 AUS\$), le otorgó la suma de 50.000 AUS\$.

La demandante no quedó satisfecha con la sentencia y la apeló. El Juez Handley, del Tribunal de Apelación de Nueva Gales del Sur, entre otras consideraciones, destacó que la potestad que la Ley confiere a los tribunales para compensar los intereses de los convivientes de hecho les autoriza a poner remedio a las injusticias que de otro modo sufrirían debido al quebranto de su confianza razonable en la relación (*reliance interest*) o a la frustración de sus expectativas razonables (*an expectation interest*). La disposición también autorizaría a restituir al solicitante los beneficios que hubiera procurado al otro durante la relación o su valor (*restitution interest*). En virtud de esos criterios, se tenían en cuenta las circunstancias de que la demandante había pasado los mejores años de su juventud conviviendo con el demandado, que éste era considerablemente rico, y que la contribución realizada por la demandante durante los años en que duró la convivencia de hecho no

---

(186) Por ejemplo, se ha compensado la contribución en *D v. McA* (1986) 11 FamLR 214; *Roy v. Sturgeon* (1986) 11 Fam LR 271; *Dwyer v. Kaljo* (1987), 11 FamLR 785, posteriormente recurrida; *Watt v. Watt* (1988) 12 FamLR 689; *McCormick v. Garlick* (1988) 12 FamLR 432. El resumen de esas y otras sentencias puede consultarse en VOSS, *Ein Gesetzesvorschlag...*, cit., p. 183-187.

se podía valorar en relación a la de una empleada. Por mayoría, el tribunal resolvió incrementar la compensación hasta alcanzar la cifra de 400.000 AUS\$ (187).

(bb) La compensación de medios: la pensión compensatoria

El derecho a obtener una pensión compensatoria, como separado de la compensación patrimonial anteriormente descrita, se debe a la distinción entre «patrimonio» (*property*) y «medios económicos» (*financial resources*).

La compensación patrimonial vista anteriormente se ocuparía del «patrimonio», entendido como el conjunto del patrimonio mobiliario e inmobiliario y todo derecho sobre esos bienes, ya sea actual, futuro o condicionado. También pertenecen al «patrimonio», en el sentido que aquí interesa, el dinero en metálico y los derechos de crédito (incluidos los correspondientes a indemnizaciones de daños corporales).

La pensión compensatoria, en cambio, se ocupa de aquellos activos patrimoniales que no son «patrimonio» en el sentido indicado, sino que tan solo se consideran «medios económicos» (*financial resources*), como por ejemplo pensiones de jubilación y, en general otras pensiones, o bienes y rentas que, en beneficio de uno o ambos convivientes, se hallen afectados a finalidades determinadas (188). Entonces, el derecho a esa pensión compensatoria debe:

a) Situarse entre la compensación por el patrimonio que la pareja ha contribuido a acumular, que mira hacia el pasado, y la prolongación de la solidaridad económica mediante el establecimiento de una pensión alimenticia, que mira hacia el futuro.

b) Calificarse, por un lado, como participación en el patrimonio futuro, a cuyo incremento ha contribuido indirectamente el conviviente de hecho que ha asumido la dirección del hogar y ha permitido así al otro que progrese en su actividad laboral o profesional remunerada. Por otro lado, calificarse también como compensación por el hecho de que deja de participar en el disfrute de unos determinados ingresos —los del otro conviviente de hecho, con actividad remunerada— y porque se producen unas determinadas circunstancias que formarían parte del supuesto de hecho de una prestación alimentaria legal o de hecho (189).

---

(187) La sentencia puede consultarse en FINLAY/BRADBROOK/BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, cit., p. 773-779.

(188) Cfr. sec. 3 DFRA y FOREMAN/O'RYAN, *Guide to De Facto Relationships Act...*, cit., p. 19-22 y VOSS, *Ein Gesetzesvorschlag...*, cit., p. 177 y ss.

(189) En este sentido, SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 20.

A pesar de la separación entre la compensación del patrimonio, referida al «patrimonio» y la pensión compensatoria, referida a los «medios económicos», el derecho a obtener una pensión compensatoria puede ya ser tenido en cuenta en el momento de llevar a cabo la compensación del patrimonio para otorgar así al conviviente que tenga derecho a reclamar la pensión una participación mayor en la propiedad inmobiliaria del otro. En cambio, si el derecho a obtener la pensión compensatoria es el único activo patrimonial, la *De Facto Relationships Act 1984* prevé dos procedimientos para distribuir las expectativas:

a) Según el primero, se puede aplazar el derecho a obtener una participación en la distribución del patrimonio si es previsible que en un tiempo razonable se materialicen las expectativas del titular y que, por lo tanto, lleguen a existir ya bienes a repartir.

b) De acuerdo con el segundo, y con carácter alternativo, el tribunal puede también aplazar la ejecución del título que da derecho a obtener una cantidad alzada para liquidar el derecho de alimentos si las expectativas del titular se materializan en un breve espacio de tiempo (vide Sec 21 y 23 DFRA). Así, en los supuestos en que, excepcionalmente, uno de los convivientes tiene derecho a obtener una pensión alimenticia, se podrá tener en cuenta la existencia del derecho a obtener una pensión compensatoria para otorgar una cantidad alzada global.

### c) LA PENSIÓN ALIMENTICIA

El *Common Law* no reconoce un deber recíproco de alimentos entre convivientes de hecho. Por esta razón, el derecho de alimentos durante la relación o una vez ésta ya ha cesado debe hallarse establecido por ley. Antes de la entrada en vigor de la *De Facto Relationships Act 1984*, Tasmania era el único estado federal australiano que contaba con una disposición legal que establecía el derecho de alimentos en favor de un conviviente no matrimonial. La regulación legal de Tasmania, que se remonta a 1837, época en que Australia era una colonia penitenciaria, requiere que la convivencia de hecho haya durado un mínimo de doce meses (190). Otro requisito es que la conviviente de hecho haya sido abandonada sin justa causa o, cuando haya sido ella quien haya roto la convivencia, que la ruptura se haya producido por circunstancias tales como el alcoholismo de su compañero, su actitud violenta, o cualquier otra conducta igualmente grave que haga que ya no sea razonable esperar que la mujer continúe conviviendo con él. La acción de reclama-

---

(190) Sec. 16(1), *Maintenance Act 1967* (Tas), actualmente todavía en vigor. Vide DICKEY, *Family Law*, cit., p. 461 y ss. y FINLAY/BRADBROOK/ BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, cit., p. 682-683.

ción de alimentos ha de presentarse dentro de los seis meses posteriores al cese de la convivencia o antes de que transcurran seis meses desde la interrupción del pago de la pensión por parte del conviviente obligado a ello. La cuantía de la pensión se determina en atención a los medios de cada uno de los ex-convivientes y tomando en cuenta también el nivel de vida que usualmente mantuvieron durante la convivencia. A pesar de sus orígenes, sorprende que aún hoy sea una pensión alimenticia establecida sólo en favor de la mujer y fundamentada en la culpa del conviviente de hecho varón, a diferencia de la pensión alimenticia que la *Family Law Act* 1975 reconoce a cualquiera de los cónyuges o ex-cónyuges tras el cese de la convivencia y que se fundamenta exclusivamente en la necesidad de sostenimiento. (191)

La obligación de alimentos que la *De Facto Relationships Act* 1984 de Nueva Gales del Sur reconoce a los ex-convivientes de hecho opta, en cambio, por una vía intermedia entre la posición del conviviente de hecho en el *Common Law* y la regulación del deber de alimentos entre cónyuges. Antes que nada, debe destacarse que la Sec. 26 DFRA establece de modo claro y preciso el principio general de que no existe un deber de alimentos entre convivientes de hecho; dicho deber sólo se reconoce en dos tipos de supuestos excepcionales que se regulan en la Sec. 27 DFRA y en los cuales se parte de una situación de necesidad que tiene su origen en la convivencia. Estos supuestos son:

a) En primer lugar, si el solicitante no puede procurarse un sostenimiento adecuado porque debe dedicarse a atender un hijo común o del demandado, y siempre que el hijo sea menor de 12 años o, si fuera deficiente físico o psíquico, menor de 16.

Ante la contraposición de intereses entre el conviviente de hecho que tiene el hijo a su cargo y el obligado a pagar, el legislador opta de un modo salomónico por fijar un límite de edad absoluto, llegado el cual se extingue el derecho de alimentos (Sec. 30 (1) DFRA). La doctrina se refiere a este grupo de casos como supuestos de «sostenimiento para la atención del hijo» (*child-care maintenance*), que no deben confundirse con la pensión alimenticia para el sostenimiento del hijo (192).

b) En segundo lugar, también está legitimado para reclamar una pensión alimenticia aquel conviviente de hecho que no puede sostenerse de modo adecuado con sus propios medios debido a que su capacidad para obtener ingresos se ha visto mermada por las circunstancias de la relación de convivencia y, en opinión del tribunal, el otorgamien-

---

(191) Cfr. DICKEY, *Family Law*, cit., p. 462, CHAITE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 14 y FINLAY/ BRADBROOK/BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, cit., con cita del correspondiente texto legal.

(192) DICKEY, *Family Law*, cit., p. 463.

to de una pensión alimenticia o bien incrementaría esa capacidad al permitirle seguir un curso o programa de formación, o bien resulta razonable en atención a todas las circunstancias concurrentes. En estos casos la doctrina habla de un «sostenimiento de rehabilitación» (*rehabilitative maintenance*) (193) y lo limita al período que resulte ser más corto entre los dos siguientes: a) 3 años, a contar desde el momento de la concesión del derecho de alimentos, o b) 4 años, a contar desde el día del cese de la convivencia de hecho (Sec. 30 (2) DFRA).

El importe de la pensión se determina por los criterios que prevé la Sec 27 (2) DFRA: los ingresos, bienes y recursos de cada uno de los convivientes de hecho (incluyendo las pensiones y subsidios sociales que perciban o tengan derecho a percibir) y la capacidad física y psíquica de cada uno de ellos para obtener un trabajo remunerado apropiado; las necesidades económicas y las obligaciones de cada conviviente; los deberes de sostenimiento que tenga cada uno de ellos con relación a terceras personas; el otorgamiento a uno de los convivientes de la compensación que establece la Sec. 20 de la propia Ley en favor del conviviente que ha contribuido al incremento patrimonial del otro y, finalmente, cualquier otra atribución que haya obtenido para subvenir el sostenimiento de sus hijos. El Juez podrá determinar que el pago de la pensión se verifique bien mediante pensiones periódicas bien de una sola vez con un único pago de un tanto alzado (cfr. Sec. 38 (1) DFRA).

De acuerdo con la Sec. 32(1) DFRA, el derecho de alimentos se extingue por muerte de cualquiera de los ex-convivientes y por el matrimonio del ex-conviviente acreedor. También, según dispone la Sec. 29 DFRA, deberá extinguirse (ya que incluso excluye que pueda solicitarse) si el ex-conviviente acreedor inicia una nueva convivencia de hecho con otra persona. En el primer grupo de casos mencionado (sostenimiento por la atención al hijo), además de los supuestos generales y de la llegada del término final señalado, también se extingue cuando el ex-conviviente acreedor deja de tener el menor a su cargo por cualquier causa (cfr. Sec. 33 DFRA).

#### d) OTROS ASPECTOS: EL CESE DE LA CONVIVENCIA DE HECHO POR MUERTE

##### (aa) Derechos hereditarios del conviviente supérstite

Antes de la reforma introducida en Nueva Gales del Sur en 1984, el estado de Australia del Sur era el único que equiparaba el conviviente

---

(193) Cfr. DICKEY, *Family Law*, ibidem. Con más detalles, DIENST-ROHLOFF, *Die Entwicklung des «Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft» in New South Wales, cit.*, p. 161 y ss.; VOSS, *Ein Gesetzesvorschlag, cit.*, p. 153-160.

de hecho al cónyuge en la sucesión intestada. La *Family Relationships Act 1975* (S.A.) había creado el status de «cónyuge putativo» (*Putative Spouse*), que se vincula al mantenimiento de la relación por un período mínimo de 5 años o al nacimiento de un hijo común de los convivientes. La propia Ley, en cambio, no atribuye ninguna consecuencia jurídica a ese estado; para que produzca los efectos que otras disposiciones le dispensan se requiere la confirmación judicial del estado de conviviente de hecho, a instancia de cualquiera de ellos, y se puede presentar la solicitud incluso tras la muerte de uno de ellos. Todos los efectos jurídicos que derivan de ese estado se refieren a los derechos sucesorios del conviviente supérstite. En la sucesión intestada la legislación de Australia del Sur lo equipara al cónyuge supérstite; en caso de conflicto entre uno y otro, la Ley dispone que el patrimonio del causante se divida por mitad (194).

En Nueva Gales del Sur la regulación de la sucesión intestada ha sido completada a propuesta de la *Law Reform Commission*, de tal modo que en la actualidad se equipara el conviviente de hecho al cónyuge si concurren determinadas circunstancias. Tales circunstancias se refieren a la concurrencia o no concurrencia del conviviente supérstite con el cónyuge o con hijos matrimoniales del causante y a la duración de la convivencia. Así, si el conviviente de hecho no concurre ni con el cónyuge ni con hijos matrimoniales, ocupa el lugar del cónyuge en la sucesión intestada; en cambio, si concurre con el cónyuge o con hijos matrimoniales, para ocupar el lugar del cónyuge se requiere también que la convivencia se haya mantenido durante el período mínimo de los dos años inmediatamente anteriores a la muerte. En los supuestos de concurrencia con el cónyuge se requiere, además de esos dos años de convivencia inmediatamente anteriores a la muerte del causante, que éste no haya reanudado sus relaciones conyugales en ningún momento durante ese período (195).

(bb) Derecho a obtener una pensión con cargo a la herencia

A diferencia de la mayor parte de los ordenamientos continentales, el *Common Law* no protege a los supervivientes que dependían del causante mediante una cuota legitimaria fija, sino que les otorga acciones contra la herencia que tiene un alcance diverso según los casos. Las acciones corresponden a las deudas alimenticias legales y de hecho

---

(194) Cfr. FOREMAN/O'RYAN, *Guide to De Facto Relationships Act...*, cit., p. 70 y SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 21.

(195) Cfr. FOREMAN/O'RYAN, *Guide to De Facto Relationships Act...*, cit., p. 70-71; DIENST-ROHLOFF, *Die Entwicklung des «Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in New South Wales*, cit., p. 199 y ss. y SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 21.

que tenía el causante en vida, y no sólo limitan la libertad de testar sino que consisten en correcciones de aquellas situaciones que, de acuerdo con la regulación de la sucesión intestada, podrían resultar especialmente gravosas o injustas. Diversos estados australianos, como por ejemplo *Queensland*, Australia del Sur y el Territorio del Norte regulan por ley la situación del conviviente supérstite y, con excepción de Australia del Sur —donde los derechos del conviviente supérstite se vinculan al mal llamado estado de «cónyuge putativo» ya mencionado— tienen como requisito común la existencia de una situación de dependencia de hecho del sostenimiento del causante. En Nueva Gales del Sur la *Family Provision Act 1982* otorga al conviviente supérstite, entre otros, un derecho de sostenimiento con cargo a la herencia siempre que testamentariamente no se hayan adoptado las previsiones necesarias para garantizarlo (196).

(cc) Indemnizaciones por causa de muerte

Como es bien sabido, en los supuestos de muerte o de lesiones causadas dolosa o culposamente, las indemnizaciones contra el causante del daño por los daños patrimoniales y morales suelen regirse en los países del *Common Law* por las correspondientes legislaciones sobre *Fatal Accidents*. En la legislación de los diversos estados y territorios australianos, las indemnizaciones que por muerte de un cónyuge se otorgan al supérstite suelen extenderse también al conviviente de hecho (197).

(dd) Pensiones de viudedad

En materia de pensión de viudedad existe también una tendencia generalizada a equiparar al conviviente de hecho al cónyuge, siempre que haya convivido con el premuerto de modo ininterrumpido durante un período mínimo inmediatamente anterior a la muerte y que acostumbra a ser de tres años (198).

---

(196) Cfr. SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 21.

(197) DIENST-ROHLOFF, *Die Entwicklung des «Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft» in New South Wales*, cit., p. 202 y ss. y SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 21-22.

(198) Cfr. SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien*, cit., p. 22.

### 3.3. Canadá

#### A. Antecedentes y figuras generales

En los últimos treinta años se ha producido en la diversas jurisdicciones canadienses un progresivo reconocimiento de la pareja de hecho, sin que ni los distintos legisladores ni los más variados tribunales hayan pretendido su equiparación con la pareja matrimonial; mientras éstos han avanzado en la aplicación de figuras generales —como el *constructive* o el *resulting trust* o la doctrina del *quantum meruit*, en la jurisdicciones del *Common Law*, y la sociedad, el enriquecimiento injustificado o el *contrat de prête-nom*, en la del *Civil Law*— algunas provincias y territorios han abordado legislativamente algunos aspectos de la convivencia de hecho mediante la peculiar técnica legislativa de la definición estipulativa para establecer que, en determinados aspectos, cuando se habla de «cónyuge» debe entenderse comprendido también el conviviente de hecho que cumple determinados requisitos (199). Veamos en primer lugar la aplicación jurisprudencial de esas figuras generales para, a continuación, pasar a analizar las características generales de la legislación relativa a la pareja de hecho, con especial atención a la contenida en la *Family Law Act* 1986 de Ontario (en adelante FLA).

#### a) EL RECURSO A LAS FIGURAS GENERALES EN LAS JURISDICIONES DEL *COMMON LAW*

##### (aa) El *constructive trust*

A finales de los años 70 se empieza a aplicar la figura general del *constructive trust* para paliar situaciones de enriquecimiento injustificado de uno de los cónyuges en detrimento del otro. La figura se extiende a la pareja de hecho en dos sentencias que marcarán su desarrollo futuro:

a) En el caso *Petrus v. Becker* (200) se trataba de una pareja de hecho que se separó tras 18 años de convivencia. La mujer corría con los gastos ordinarios, mientras que el hombre ahorraba la mayor parte de sus ingresos. La pareja inició un negocio de cría de abejas adquiriendo para ello varios terrenos. El capital inicial de la inversión procedía de los ahorros que él había amasado durante todo ese tiempo y,

---

(199) Vide para una visión general Winifred H. HOLLAND, *Cohabitation and Marriage-A Meeting at the Crossroads?*, 7 *Canadian Family Law Quarterly* (1991), p. 31-58.

(200) *Petrus v. Becker* [(1980) 2 SCR 834, 19 RFL (2d) 165].

aunque ambos habían trabajado en el negocio, éste estaba sólo a nombre de él. El Tribunal Supremo del Canadá consideró que, al posibilitar que se generaran esos ahorros, la mujer había contribuido indirectamente a la adquisición del negocio y aplicó la figura del *constructive trust* para otorgarle la mitad de lo adquirido.

Consideraba el Alto Tribunal que la finalidad del *constructive trust* es evitar el enriquecimiento injustificado; para que éste existiera debía darse un enriquecimiento, un correlativo empobrecimiento y la ausencia de causa (*juristic reason*) que los justificara. Se indicaba además que para aplicar la figura del *constructive trust* una parte debía aceptar sufrir un perjuicio ante una expectativa razonable de recibir algo a cambio y la otra debía aceptar libremente los beneficios que se le proporcionaban en unas circunstancias en las que conocía o debería haber conocido la existencia de tal expectativa. También era necesaria la presencia de un nexo causal (*casual connection*) entre la contribución y la adquisición de los bienes en cuestión, pero no era imprescindible que esa contribución fuera directa (201).

b) En el segundo caso, *Sorochan v. Sorochan* (202), se trataba de una pareja que había convivido durante 42 años. Al iniciarse la convivencia el hombre era propietario de una granja que explotó durante los años que duró la relación. La pareja tenía seis hijos y la mujer, además de ocuparse de ellos y del trabajo doméstico, dedicaba una parte considerable de su tiempo a los trabajos de la granja. Tras la separación, la mujer solicitó obtener una compensación y el Tribunal Supremo del Canadá le otorgó un tercio de la granja y la suma de 20.000 dólares canadienses.

De esta sentencia deben destacarse dos aspectos importantes. En primer lugar, el nexo casual entre la contribución y los bienes en cuestión, reconocido anteriormente en relación a la adquisición de los bienes, se extiende a la conservación y mejora de los mismos. En segundo lugar, se declara que puede tratarse tanto de una contribución directa (p. ej., el trabajo en la granja) como indirecta (p. ej., la dedicación a las tareas domésticas). El Tribunal hace hincapié en este segundo tipo de contribución y, en especial, en el reconocimiento del trabajo doméstico, en la medida en éste había permitido al otro conviviente disponer de tiempo y energías para dedicarse a la conservación y mejora de los bienes (203).

---

(201) Para un tratamiento del caso con detalle *vide* Nicholas BALA/Marlene CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada: Common Law and Civilian Approaches to Living Together*, 4 Canadian Family Law Quarterly (1989), p. 147-222, p. 152 y ss.

(202) *Sorochan v. Sorochan* [(1984), 44 RFL (2d) 144 (Alta. C. A.), rev'd (1986), 2 RFL (3d) 225 (SCC)].

(203) Con mayor detalle, BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, *cit.*, p. 155 y ss.

(bb) El *resulting trust*

En líneas generales, existe un *resulting trust* cuando un bien se halla a nombre de una persona que lo ha adquirido con fondos propios y de un tercero con el propósito común de compartirlo. Las doctrinas de la *equity* consideran que aquél que contribuye a que otro adquiera un bien no tiene la intención de donar y, ante la ausencia de donación, presume la existencia de un *resulting trust*. Según la formulación clásica, el *resulting trust* requerirá una contribución y, como mínimo, el indicio de la existencia de una intención común. No obstante, en las relaciones entre convivientes, la jurisprudencia canadiense admite que pueda existir un *resulting trust*, aunque no exista contribución, por el simple hecho de que un conviviente adquiera un bien con la intención de compartirlo con el otro (204).

(cc) La doctrina del *quantum meruit*

El remedio del *quantum meruit* se suele reconocer en la actualidad como un remedio alternativo al *constructive trust* en situaciones de enriquecimiento injustificado. Comporta, en teoría, la determinación del valor de los servicios prestados una vez deducido el valor del sostenimiento recibido y, a diferencia del *constructive trust* que se dirige contra los bienes, es una acción personal. Se utiliza cuando a pesar de existir enriquecimiento no se puede establecer el nexo causal requerido entre la contribución y unos bienes concretos (205).

b) EL RECURSO A LA FIGURAS GENERALES EN LA JURISDICCIÓN DEL *CIVIL LAW*

La jurisprudencia del Quebec ha adoptado unas soluciones muy parecidas a las ya vistas en Francia: el enriquecimiento sin causa, la obligación natural y la sociedad de hecho limitada a los bienes que se consideren pertenecientes a la misma, y sólo en los casos en que concurren los elementos propios de toda sociedad (aportaciones de todos los socios en dinero, bienes o trabajo, participación en pérdidas y ganancias y existencia de *affectio societatis*) (206). A diferencia de Francia,

---

(204) *Vide*, con referencias jurisprudenciales, BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, *cit.*, p. 172-175.

(205) *Vide*, con mayor detalle, BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, *cit.*, p. 167-172.

(206) Monique OUELLETTE, *Droit de la Famille*, 2è. ed., Montreal, Themis, 1991, p. 257 y ss. y Mireille D. CASTELLI/Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec. Projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce*, Sante-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 416 y ss., p. 419.

se ha utilizado en alguna ocasión la figura del *contrat de prête-nom*, contrato por el cual las partes acuerdan que sólo una de ellas figurará formalmente como titular en las actividades que se lleven a cabo aunque actuará por cuenta de ambos. La parte que actúa en nombre propio es utilizada por la otra como *prête-nom* para contratar, y esta otra recibe la denominación de *mandator*. Por ello, si un conviviente de hecho quiere reclamar su participación en los bienes adquiridos durante la convivencia deberá probar que fue *mandator* en los términos específicos de ese contrato —que no requiere forma escrita— y que, por ello, encargó al otro, que «presta su nombre» (*prête-nom*), que adquiriera para él los bienes en cuestión. Esa prueba le permitirá, según los casos, obtener la totalidad de los bienes o sólo una parte (207).

El legislador quebequés no ha aprovechado la oportunidad que le brindaba la redacción del nuevo Código civil de 1991 para regular la pareja de hecho. La Oficina de revisión del Código civil así lo sugirió pero, por razones políticas, se consideró imprudente oficializar el *concubinage* elevándolo a rango legal; se consideró, además, que la intervención legislativa podía eliminar la libertad de elegir un modo de vida defendido por diversos sectores e imponer un régimen jurídico a quienes, precisamente, querían prescindir de él (208). No obstante, de la nueva regulación pueden extraerse algunas consecuencias que, por su carácter general, también benefician a los convivientes de hecho. Así, por ejemplo, el art. 1938 CcQ permite que el conviviente de hecho del arrendatario pueda reclamar el derecho a continuar en el inquilinato que se reconoce a toda persona que haya convivido con el arrendatario un mínimo de seis meses antes de la ruptura de la convivencia o de la muerte de éste; para hacerlo efectivo se requiere que se notifique su ejercicio antes de transcurridos dos meses (209). Por otra parte, el nuevo art. 1457 CcQ (equivalente, en parte, a nuestro 1902 CC), aunque sin referirse expresamente al conviviente de hecho, permite que pueda continuar aplicándose la jurisprudencia tradicional que le concede indemnización por los daños sufridos por el otro conviviente en un accidente no mortal (210); a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior (211), el silencio de ese mismo artículo debe permitir también la indemnización por muerte del conviviente de hecho.

---

(207) Vide BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 179-180.

(208) Vide OUELLETTE, *Droit de la Famille*, cit., p. 257 y ss.

(209) Vide CASTELLI/DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, cit., p. 423.

(210) CASTELLI/DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, cit., p. 419.

(211) El apartado primero del art. 1056 del Código civil del Bajo Canadá disponía que «[D]ans tous les cas ou la partie contre qui le délit ou quasi délit a été commis décède en conséquence, sans avoir obtenu indemnité ou satisfaction, son conjoint, ses ascendants et ses descendants ont, pendant l'année seulement a compter du décès, droit de poursuivre celui qui en est l'auteur ou ses représentants, pour les dommages-intérêts résultant de tel décès». Vide también CASTELLI / DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, cit., p. 422.

B. *Las soluciones legislativas. En especial, la regulación de Ontario*

a) REQUISITOS PARA QUE EXISTA «PAREJA DE HECHO»

Como se ha indicado, es una peculiaridad de la legislación canadiense que la regulación de determinados aspectos de la convivencia de hecho se lleve a cabo por el simple expediente de redefinir el término «cónyuge» añadiendo el conviviente de hecho que cumple determinados requisitos. Así, por ejemplo, la *Ontario Family Act* 1986 actualmente en vigor, de un modo análogo a la previgente *Family Law Reform Act* 1978, se divide en diversos Títulos (*Parts*) que se inician con una o varias disposiciones dedicadas a las definiciones. La Parte Tercera de la Ley, bajo el epígrafe de «obligaciones de sostenimiento» (*support obligations*), define en la Sec. 29 lo que a los efectos de ese título se entiende por cónyuge (*spouse*). La doctrina interpreta que, a los efectos del deber de sostenimiento, se establecen cuatro categorías distintas de cónyuges. Las dos primeras se refieren a aquellos que han contraído matrimonio —válido en un caso, nulo y en beneficio del contrayente de buena fe, en el otro— mientras que las dos últimas se estipulan para incluir a aquellas parejas que no han contraído matrimonio pero que reúnen los requisitos especificados respectivamente en los apartados (a) y (b) de la Sec. 29 FLA (212) siguientes:

«cónyuge» significa cónyuge, según se define en la subsección 1(1), e incluye adicionalmente al hombre y a la mujer que no están casados entre sí y que han convivido:

(a) de modo continuado por un período no inferior a los tres años, o

(b) en una relación de cierta permanencia (*some permanence*), si son padres naturales o adoptivos de un menor.

Por regla general, existen en Canadá dos tipos de definición de pareja de hecho —o más bien, como indica la doctrina, de «cónyuge» en sentido amplio— que suelen darse de modo alternativo: a) el que se basa exclusivamente en la convivencia mantenida durante un período mínimo, y b) el que parte de la existencia de un hijo unida a una situación de convivencia estable.

a) El primero suele fijar de modo taxativo el período mínimo de convivencia. No obstante, éste varía de modo considerable en las distintas legislaciones. Así, es de un año, en Nueva Escocia; de dos, en la

---

(212) Cfr. T. W. HAINSWORTH, *Ontario Family Law Act Manual*, 2nd. ed., Aurora, Canada Law Book Inc., 1992, p. 29-1 y ss. y James MACDONALD/Ann WILTON, *The 1995 Annotated Ontario Family Law Act*, Toronto, Carswell, 1994, p. 183 y ss.

Columbia Británica; de tres, en Ontario y New Brunswick y de cinco en Manitoba. Sólo el Territorio de Yukon opta por no determinar expresamente ese período mínimo al exigir tan sólo que la relación de convivencia tenga «una cierta permanencia» (213). La legislación de Newfoundland, en cambio, no admite este primer tipo de definición de «cónyuge» en sentido amplio basado exclusivamente en la convivencia durante cierto tiempo (214).

A diferencia de lo que sucede en la convivencia matrimonial, no juega a favor de la de hecho la presunción de convivencia. Por esta razón, el conviviente que pretenda fundamentar en ella algún derecho deberá probar su existencia y, además, que se mantuvo de modo continuado durante el período legalmente requerido. En Ontario, la Sec. 1 FLA define convivir (*cohabit*) como «vivir juntos en una relación conyugal, tanto fuera como dentro del matrimonio». La doctrina indica que el uso del término «conyugal» (*conjugal*) sugiere que los acuerdos que gobiernan la comunidad de vida que se ha establecido deben ser similares a los del matrimonio (215). Aunque la Ley no defina el término «conyugal», la jurisprudencia ha entendido que indica el modo como dos personas «viven juntas fuera del matrimonio en una relación análoga a éste» y a menudo ha examinado los diversos aspectos de la relación entre los convivientes para determinar si existe esa convivencia análoga a la del matrimonio (216). En este sentido es perfectamente claro que todas las referencias a la pareja de hecho o «cónyuge» en sentido amplio se hacen a la pareja heterosexual y que se prescinde de modo absoluto de la homosexual.

Incluso, en el caso *B v. A* [(1990), 1 OR (3d) 569, 29 RFL (3d) 258 (Master)], el tribunal declaró que en el supuesto de transexualidad de una mujer esta continuaba siendo mujer y que, por ser del mismo sexo, no podía reclamar pensión alguna a la mujer con la que había convivido.

No queda nada claro, en cambio, si puede considerarse que existe convivencia (*cohabitation*) entre un hombre y una mujer, en el sentido de la definición legal, cuando no existen relaciones sexuales entre ellos, ni tampoco si éstas son o no suficientes para incluir una pareja en la definición legal. En este último caso, la jurisprudencia parece

---

(213) «[A] man and a woman who have cohabited in a relationship of some permanence». Vide BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 191-192, con cita de los respectivos textos legislativos en las notas 86 a 89.

(214) Cfr. BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 201.

(215) MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 11.

(216) Cfr. MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 11 y BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 196 y ss., con referencias jurisprudenciales.

inclinarse a favor de considerar insuficientes las relaciones sexuales; deberán considerarse otros aspectos, como la existencia de una relación de asistencia mutua, en el aspecto económico, o de proyección de una comunidad de vida análoga a la del matrimonio, en el aspecto social y psicológico (217).

Así, por ejemplo, en el caso *Stoikiewicz and Filas Re* [(1978, 21 OR (2d) 717, 7 RFL (2d) 366, 92 DLR (3d) 129 (UFC)] se trataba de un hombre que había dado un anillo de compromiso a una mujer al conocer que ésta estaba embarazada. El hombre había vivido con ella en el mismo apartamento —aunque no en la misma habitación— y había mantenido relaciones sexuales con ella de modo esporádico. Ella, por su parte, limpiaba y cocinaba para él de vez en cuando y le pagaba un alquiler por la vivienda. El tribunal consideró que la pareja nunca había convivido en el sentido de la Ley; aunque de vez en cuando tenían relaciones sexuales, las pruebas demostraban que mantenían economías separadas y que cualquier dedicación a las tareas domésticas de la demandante era en compensación de una parte de la renta de la vivienda, sin que, además de ese acuerdo arrendaticio poco habitual, las partes se proporcionaran asistencia mutua o velaran el uno por el otro. El tribunal declaró también que no se podía considerar que estén conviviendo personas no casadas a menos que cada una de ellas haya asumido la obligación de sostener al otro y de velar por él del mismo modo como están obligados a hacerlo los «cónyuges casados» de acuerdo con lo que dispone la Sec. 15 de la Ley (hoy, Sec. 30 FLA) (218).

Otras legislaciones, como las de New Brunswick y Manitoba, intentan matizar de modo restrictivo esa relación de convivencia exigiendo para que ésta exista que una persona haya «dependido de modo sustancial» del sostenimiento de la otra (219).

b) El segundo tipo de definición requiere que los convivientes tengan un hijo. A ello se suma el requisito ulterior de que exista una convivencia estable que, generalmente, no se somete a una duración temporal determinada. Así, como se ha visto, la Sec. 29 (b) FLA de Ontario requiere la convivencia «en una relación de una cierta permanencia si [el hombre y la mujer que no están casados] son los padres

---

(217) *Vide* MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act, cit.*, p. 10 y ss. y 184.

(218) *Vide* para más detalles y otros casos BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, *cit.*, p. 194 y ss. y MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act, cit.*, *ibidem*.

(219) Aunque no queda claro qué grado de dependencia debe probarse y sin que exista jurisprudencia que haya aclarado el alcance de la misma. *Cfr.* BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, *cit.*, p. 199.

naturales o adoptivos de un hijo». De un modo análogo —aunque con exclusión de los hijos adoptivos— la legislación de New Brunswick se refiere a la convivencia «en una relación de cierta permanencia si ha nacido un hijo del que ellos sean sus padres naturales» (220).

Sin lugar a dudas, en esos casos las principales dificultades de interpretación se plantean a la hora de determinar cuál debe ser el grado de permanencia o estabilidad de la relación para que exista un «cónyuge» en el sentido amplio de conviviente de hecho. La doctrina y la escasa jurisprudencia sobre la materia entienden que hay tres elementos que deben guiar la interpretación: a) la duración de la relación (a mayor duración menos dudas planteará su «permanencia»); b) la conducta de las partes a lo largo de la relación y c) la intención o *animus* de las partes durante la misma (221).

Así, por ejemplo, en el caso *Rook v. Mahoney* [(1983), 21 ACWS (2d) 78 (Prov. Ct.)], aunque la convivencia sólo duró nueve meses y la separación se produjo antes del nacimiento del hijo común, se estimó que existía una cierta permanencia debido a que los convivientes habían adquirido conjuntamente una vivienda para su uso común y habían decidido tener un hijo y considerado la posibilidad de contraer matrimonio cuando uno de ellos obtuviera el divorcio.

En algunos casos, se ha indicado que la relación de una cierta permanencia es aquella que se opone a la ocasional o temporal, y que puede ser permanente aunque los convivientes se separen periódicamente (222). Que la conducta y la intención son elementos tanto o más determinantes que la duración de la convivencia es algo que ya había puesto de manifiesto la jurisprudencia bajo la legislación anterior, análoga a la actual en éste aspecto.

Así en el caso *Re Labbe and McCullough* [(1979), 23 O R (2d) 536 (Prov. Ct.) —criticado por el peso excesivo que el tribunal dio a esos elementos— se trataba de una mujer que había mantenido una relación de convivencia durante nueve meses en su propio piso con un hombre que viajaba a lo largo del país y que nunca se mudó a él con sus pertenencias. La pareja concibió un hijo y, aunque sólo había convivido de modo efectivo durante un período de dos semanas y otro de cuatro, el tribunal estimó que había establecido una relación de «cierta permanencia» y otorgó a la mujer una pensión

---

(220) Cfr. BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 202, con cita textual de las disposiciones legales.

(221) Cfr. HAINSWORTH, *Ontario Family Law Act Manual...*, cit., p. 29-5.

(222) Vide MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 185.

durante doce meses atendiendo, fundamentalmente, al hecho de que habían considerado la posibilidad de contraer matrimonio algún día (223).

Para evitar la dificultad que ofrece todo concepto jurídico indeterminado, otras legislaciones prefieren fijar la permanencia de esa convivencia mediante un límite temporal concreto. Así, por ejemplo, en Manitoba, este segundo tipo de definición de «cónyuge» en sentido amplio se refiere al que se halla en una relación de convivencia en la que existe «un hijo de la unión», siempre que ésta se haya mantenido como mínimo durante un año. De un modo análogo se manifiesta la legislación de Newfoundland (convivencia de un año más el nacimiento de un hijo fruto de la misma) (224).

La mayor parte de la legislaciones establece una plazo para la reclamación de los derechos que esa condición de conviviente concede. Así, por ejemplo, en la legislación del Territorio de Yukon se establece que la pensión debe solicitarse antes de que hayan transcurrido los tres meses a contar desde el cese de la convivencia; las de Columbia Británica, Manitoba, New Brunswick y Newfoundland alargan el plazo a un año (225). Por su parte, en Ontario la Sec. 50 FLA dispone que la acción para reclamar la pensión deberá interponerse antes de que transcurran dos años, a contar desde el cese de la convivencia, a menos que las partes hayan pactado la pensión en un convenio de separación, en cuyo caso el plazo de los dos años empezará a correr a partir de su incumplimiento (226). En supuestos excepcionales (si *prima facie* se aprecian razones fundadas para acceder a la solicitud, si el retraso se produjo de buena fe y si no se perjudica a tercero) el tribunal podrá ampliar el plazo de presentación de la solicitud (227).

No obstante, debe llamarse la atención sobre el hecho de que todas esas definiciones de «cónyuge» en sentido amplio son *ad hoc*, es decir, se establecen únicamente a efectos de las pensiones entre convivientes, razón por la cual la condición de conviviente de hecho varía no sólo entre las legislaciones de las distintas provincias y territorios sino también, dentro de un mismo territorio, entre los distintos ámbitos jurídicos.

---

(223) Cfr. BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit. 203 y MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 185.

(224) Cfr. BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 201-204.

(225) Vide BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 204.

(226) Vide MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 272-273.

(227) Esos supuestos excepcionales se hallan tasados en la Sec. 2(8) FLA. Vide por todos MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 14-16.

Así, por ejemplo, la *Worker's Compensation Act* 1980 de Ontario, a los efectos de la indemnización del cónyuge supérstite por muerte del otro en accidente laboral, define «cónyuge» como «tratándose de un hombre y una mujer, el que en el momento de la muerte del que era trabajador estaba conviviendo con éste y resultara que (i) estaban casados entre sí, o (ii) no estaban casados entre sí y (A) habían convivido durante un año como mínimo, (B) eran padres de un hijo común o C) habían suscrito uno de los acuerdos de convivencia establecidos en la Sec. 53 de la *Family Law Act* 1986» (228).

## b) LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Como se ha indicado, la equiparación de los convivientes de hecho a los cónyuges sólo se produce, por regla general, con relación a la obligación de sostenimiento. La *Family Law Act* 1986 de Ontario regula la pensión compensatoria de los cónyuges, en sentido amplio, juntamente con el deber de alimentos entre parientes, lo cual repercute en una cierta confusión en la doctrina a la hora de determinar la naturaleza de esa pensión. La opinión más extendida es que en ese ordenamiento, como en la mayoría de los occidentales, se ha pasado de una pensión indemnizatoria, en la antigua regulación, a una pensión alimenticia, es decir, determinada únicamente por la necesidad del acreedor y la capacidad del obligado, en la *Family Reform Act* 1978, para acoger finalmente, en la regulación actual, una pensión compensatoria, es decir, una pensión «que minimice en la medida de lo posible las consecuencias económicas de la ruptura de la relación» (229). La Sec. 33 (8) FLA indica cuáles deben ser los cuatro objetivos que debe conseguir esa pensión, sin que —como ha indicado la jurisprudencia (230)— ninguno de ellos pueda prevalecer sobre los demás:

---

(228) Vide HOLLAND, *Cohabitation and Marriage...*, cit., p. 37 y nota 26.

(229) En este sentido, *Pelech v. Pelech* [(1987) 1 SCR 801, 7 RFL (3d) 225, 38 DLR (4th) 641 (SCC)]. Se discute, no obstante, cual deba ser el nexo causal entre la necesidad que padece un «cónyuge» y el matrimonio o convivencia (*causal connection test*). La posición jurisprudencial actual parece apuntar más bien a la interdependencia económica, de tal modo que las necesidades que pueden dar lugar a una pensión entre «cónyuges» son las que derivan de los aspectos económicos de la división del trabajo efectuada durante la convivencia, no de la convivencia en sí mismo considerada. Vide HAINSWORTH *Ontario Family Law Act Manual...*, cit., p. 30-3 a 30-7 y MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 188-203.

(230) En este sentido *Moge v. Moge* [(1992), 43 RFL (3d) 345], en relación a las Sec. 15 (7) y 17 (7) de la *Divorce Act* 1985, con un tenor literal muy similar al de la Sec. 33 (8) FLA. Para un comentario detallado, vide MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 227-229 y *passim*.

- (8) La medida que acuerda el sostenimiento del cónyuge debe,
- (a) reconocer la contribución del cónyuge a la relación y las consecuencias económicas que ésta ha tenido para él;
  - (b) repartir de modo equitativo la carga del sostenimiento de un menor;
  - (c) tomar las medidas adecuadas para ayudar al cónyuge a adquirir la capacidad de contribuir a su propio sostenimiento;
  - (d) mitigar las dificultades económicas, si ello no se ha llevado a cabo ya mediante las medidas adoptadas de acuerdo con la Parte I (Patrimonio Familiar) y II (Vivienda Matrimonial).

La Sec. 33 (9) FLA dispone que para determinar el importe y la duración de la pensión, en relación a la necesidad del dependiente (231), el tribunal considerará «todas las circunstancias de las partes». El mismo precepto realiza una enumeración ejemplificativa, en la que se indican tanto las circunstancias generales como las particularmente referidas a los hijos y a los cónyuges en sentido amplio:

- (9) Al determinar el importe y la duración del sostenimiento en relación a la necesidad, si éste resulta procedente, el tribunal considerará todas las circunstancias de las partes, incluyendo,
- (a) el caudal y los medios económicos del dependiente y del obligado;
  - (b) el caudal y los medios económicos que el dependiente y el obligado tendrán probablemente en el futuro;
  - (c) la capacidad del dependiente de contribuir a su propio sostenimiento;
  - (d) la capacidad de proporcionar sostenimiento del obligado;
  - (e) la edad y la salud física y psíquica del dependiente y del obligado;
  - (f) las necesidades del dependiente. Para fijarlas el tribunal tendrá en cuenta el nivel de vida habitual que tenían las partes durante la convivencia;
  - (g) las medidas que pueden adoptarse para que el dependiente pueda proveerse su propio sostenimiento, y el tiempo y el coste necesarios para que éste pueda adoptarlas;

---

(231) La Sec. 29 define «dependiente» (*dependant*), a los efectos de la Parte III (*support obligations*) como «a person to whom another has an obligation to provide support under this Part». Por la peculiaridad de la regulación se prefiere este término al de «alimentista».

- (h) otras obligaciones alimenticias legales del dependiente y del obligado;
- (i) si es deseable que el dependiente o el obligado permanezcan en el hogar al cuidado de un hijo;
- (j) la contribución del dependiente a la actualización del potencial profesional del obligado;

.....

- (l) si el dependiente es un «cónyuge» (*spouse*),
  - (i) la duración de la convivencia entre dependiente y obligado;
  - (ii) el efecto de las responsabilidades asumidas durante la convivencia en la capacidad adquisitiva del cónyuge;
  - (iii) si el cónyuge ha tomado a su cargo el cuidado de un hijo de 18 o más años que es incapaz, por razón de enfermedad, discapacidad u otra causa, de dejar de estar a cargo de sus padres;
  - (iv) si el cónyuge se ha comprometido a asistir al seguimiento de un programa de educación por parte de un hijo de 18 años o más que es incapaz, por esa razón, de dejar de estar a cargo de sus padres;
  - (v) la dedicación al hogar, a un hijo menor o cualquier otro servicio doméstico llevado a cabo por el cónyuge para la familia, como si éste estuviera dedicando el tiempo empleado en tal servicio a un empleo remunerado y estuviera contribuyendo con esos ingresos al sostenimiento familiar;
  - (vi) el efecto en los ingresos del cónyuge y en su desarrollo profesional de la responsabilidad de tener a su cuidado un menor.
- (m) cualquier otro derecho legal de alimentos del dependiente que no sea a cargo de fondos públicos.

#### c) LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

En relación a la llamada «vivienda matrimonial» (*matrimonial home*) la legislación de Ontario prevé tanto la posibilidad de restringir el poder de disposición del cónyuge propietario como la de atribuir su uso exclusivo al no propietario. Respecto a la primera cuestión, se desprende claramente de la regulación que esa restricción no se extiende al conviviente de hecho; mayores dudas suscita la segunda, la referida a si la normativa sobre la atribución del uso de la «vivienda matrimonial» es también aplicable a los convivientes de hecho.

En el caso *Czora v. Longeran* [(1987), 59 OR (2d) 402, 7 RFL (3d) 458 (Ont. Dist. Ct.) se planteó la cuestión de si un conviviente de hecho que reunía los requisitos para ser considerado «cónyuge», en el sentido amplio que establece la Ley, podía invocar a su favor la Sec. 34 (1) (d) FLA. Esta disposición se halla sistemáticamente en la Parte III referida a las obligaciones de sostenimiento y establece por remisión que, además de poder ordenar el pago de un tanto alzado o de una pensión periódica, los tribunales pueden adoptar la medida que atribuya el uso exclusivo de la «vivienda matrimonial» a uno de los «cónyuges» de acuerdo con lo establecido en la Sec. 24 (1) FLA (incluida sistemáticamente en la Parte II bajo el epígrafe «Vivienda matrimonial»).

El Juez consideró que un «cónyuge no casado» no podía obtener dicha medida, prevista en la Sec. 34 (1) (d) debido a que ésta remitía a la Parte II de la Ley, que no es aplicable a los convivientes de hecho. Indicaba que a falta de una definición amplia expresa que incluyera a los convivientes de hecho, el significado de la palabra «matrimonial» -referida a la vivienda- debía interpretarse según su significado usual, es decir, sólo en relación al acto o estado del matrimonio y que, por lo tanto, no se extendía a los convivientes no casados.

Mientras que algunos autores se manifiestan en favor de la solución dada por el tribunal en *Czora* (232), otros consideran que la atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar puede darse también entre convivientes de hecho, ya que ésta es una más de las posibles medidas que el juez puede adoptar para el cumplimiento de las obligaciones de sostenimiento (233). Un problema interpretativo análogo presenta la legislación de New Brunswick, mientras que las de Columbia Británica y de Nueva Escocia tan sólo admiten la atribución de la vivienda a uno de los convivientes de hecho como medida provisional (234).

#### 4. EPILOGO: ALGUNAS LINEAS GENERALES DE UNA POSIBLE REGULACION CATALANA

El fenómeno de la pareja de hecho es un tema complejo y, para intentar resolver los enormes problemas que plantea, debe abordarse por partes. Uno de los principales problemas de su regulación es la definición de pareja de hecho. Todo el mundo puede estar de acuerdo en que

---

(232) Así, MACDONALD/WILTON, *Ontario Family Law Act*, cit., p. 146-147.

(233) En este sentido BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 185-186.

(234) Vide BALA/CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada...*, cit., p. 186-188.

el núcleo esencial de la pareja de hecho lo constituye aquella vida en común, con una cierta estabilidad, de personas de distinto sexo, que comporta una unidad económica y de vivienda, así como, por regla general, relaciones sexuales. A medida que se va prescindiendo de alguno de los elementos que integran esa definición aumenta el número de situaciones comprendidas dentro de la figura «pareja de hecho» y, con ello, se incrementa también la dificultad de establecer una regulación unitaria y de llegar a un consenso social. Debe tenerse presente que incluso en la situación nuclear de la pareja de hecho, la formada por un hombre y una mujer que constituyen una unión análoga a la del matrimonio al que sólo le falta la celebración formal, puede partirse de situaciones muy distintas entre sí. Por ejemplo, esa pareja puede estar constituida por personas sin vínculo matrimonial previo o por personas que, una de ellas o ambas, ya han contraído un matrimonio que aún no se ha disuelto, y que se puede encontrar en un estadio de separación judicial o de hecho. Incluso, pueden existir entre los convivientes relaciones de parentesco que impedirían que pudieran contraer matrimonio.

La regulación que se proponga no podrá comportar en ningún caso conflictos irresolubles entre el conviviente de hecho que ya está casado, su cónyuge y el otro conviviente, ni tampoco una discriminación en contra de las parejas matrimoniales debida a un trato más favorable dispensado a las parejas de hecho. Debe evitar también, en la medida de lo posible, la discriminación de aquellas comunidades de vida familiar (como por ejemplo, la formada por hermanas de edad avanzada que conviven bajo un mismo techo) y que únicamente se diferenciarían por la falta de relaciones sexuales. Debe decirse de modo muy claro que si más allá del matrimonio se tutelan otras relaciones de pareja y no otras comunidades familiares o afectivas, se puede hacer primar la convivencia sexual por sobre de la que no lo es y obligar así al común de los ciudadanos a subvencionar con sus impuestos las pensiones, bonificaciones y exenciones que entonces sólo disfrutarían las convivencias afectivas basadas en la relación sexual.

En todo caso, una posible regulación catalana en el marco de un futuro Código de Familia debería plantear exclusivamente los aspectos civiles de las parejas de hecho y, en mi modesta opinión, debería orientarse de acuerdo con las líneas generales siguientes:

- 1) Pleno respeto a la libertad matrimonial
- 2) Justa división y distribución de los bienes adquiridos por ambos convivientes en ciertos casos y circunstancias.
- 3) Compensación de las contribuciones económicas indirectas y de dedicación al hogar y a los hijos para evitar el enriquecimiento injustificado de uno de los convivientes en perjuicio del otro cuando éste se haya producido efectivamente.
- 4) Exclusión de alimentos entre ex-convivientes fuera de alguna excepción puntual y claramente delimitada.

Sin pretensión de hacer una exposición exhaustiva —pretensión que en esta difícil materia además de una temeridad sería una intolerable petulancia— ni tan sólo detallada, permítaseme desarrollar brevemente algunos aspectos y hacer —no sin cierto ánimo de provocación— alguna aproximación a una propuesta de articulado.

#### 4.1. Pleno respeto a la libertad matrimonial

El derecho a casarse establecido en la Constitución, como ya se ha indicado, comporta el derecho a no hacerlo y, sobre todo, a no hacerlo al margen de la voluntad de aquellas personas que simplemente deciden convivir. El art. 32 CE protege tanto el derecho a casarse como el derecho a no hacerlo (235) y justifica un trato diferenciado del matrimonio y de la pareja de hecho que es perfectamente compatible con el principio de igualdad establecido en el art. 14 CE.

Todo ello no significa, sin embargo, que el art. 32 CE impida que se puedan dictar normas para las parejas de hecho o relaciones análogas; de todos modos, la libertad matrimonial (art. 32.1 CE) y el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) deben quedar salvaguardados y, para ello, en la regulación debe extremarse el cuidado para evitar que se puedan imponer al conviviente las relaciones propias de un matrimonio que no ha deseado.

Por estas razones, ningún intento de regulación debe pretender reproducir en pequeña escala la normativa matrimonial. Lo que debe procurarse, en cambio, es resolver los graves problemas que se presentan fundamentalmente en el momento de la ruptura de la pareja y proteger la parte más débil, sea quien sea, pero que —por regla general, tanto en nuestro país como en los de nuestro entorno— suele ser la mujer.

El respeto a la libertad matrimonial impide, pues, regular la relación entre convivientes de hecho como un «matrimonio de segundo grado» y a la fuerza. Debe comportarse, también, el reconocimiento más amplio posible a los acuerdos y convenios entre los interesados, siempre que sus disposiciones no sean ilícitas, discriminatorias ni gravemente perjudiciales para uno de los convivientes.

Puede considerarse, además, la posibilidad de hacer depender el otorgamiento de esos derechos, o de alguno de ellos, de una vinculación especial entre los convivientes de hecho que venga dada por:

---

(235) *Vide*, recientemente, Víctor FARRERES COMELLA, *El principio de igualdad y el «derecho a no casarse»* (A propósito de la STC 222/1992), REDC 1994, p. 163-196, p. 170 y Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi Civil, núm. 6, junio 1995, p. 9-33, especialmente p. 21-33.

a) bien por una cierta duración de la relación que, en principio, debería ser corta (dos o tres años). Existe, no obstante, el problema de que el plazo que prevé el art. 86.4.º CC para solicitar el divorcio por cese efectivo de la convivencia es de cinco años, y tal vez, hasta que no se rebaje ese plazo, se debería mantener también para las parejas de hecho para no obligar a que entren en el ámbito de la regulación de la convivencia de hecho aquellos que, por no poder disolver aún el vínculo anterior de acuerdo con el art. 86.4.º CC, todavía no pueden casarse.

b) bien por una convivencia por un período menor unida al nacimiento de un hijo común; en este caso, la convivencia continuaría siendo determinante, con la diferencia de que ya no sería necesaria su prolongación durante el plazo legal exigido.

Se debería estudiar además la posibilidad de modular los derechos que se concedieran en función del grado de vinculación; en defecto de hijos comunes, la duración de la convivencia podría tener en este aspecto un papel fundamental.

Entre la multitud de posibles regulaciones, se podría pensar en una del tenor siguiente:

#### **Artículo ... Convivencia de hecho**

**A los efectos de este Código se entiende por convivencia de hecho la que existe entre un hombre y una mujer que acreditan por cualquier medio una convivencia estable análoga a la del matrimonio y que además tienen un hijo común o, en su defecto, que iniciaron esa convivencia como mínimo 2 (3, 5) años antes.**

En relación a los pactos entre convivientes de hecho podría pensarse, tal vez —en sede de disposiciones generales relativas a las capitulaciones matrimoniales— en un artículo del siguiente tenor:

#### **Artículo ... Pactos entre convivientes de hecho**

**Los convivientes de hecho pueden establecer en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese por cualquier causa, con excepción de aquellos que sean contrarios a las leyes o gravemente perjudiciales para una de las partes.**

### **4.2. La división y la distribución de los bienes adquiridos por ambos convivientes**

En el momento del cese de la convivencia de hecho se debería prever la división y distribución de los bienes que se han adquirido mediante contribuciones económicas de uno de los convivientes que no se

han visto reflejadas en una participación en su titularidad. Algunos de estos, como la vivienda y los bienes del ajuar doméstico, podrían merecer una atención especial.

La división y la distribución de los bienes debería tener en cuenta las contribuciones económicas indirectas que han permitido, por ejemplo, que gracias a éstas, y debido a que mediante ellas uno de los convivientes ha hecho frente a los gastos de sostenimiento ordinario originados por la convivencia, el otro ha podido destinar sus rentas e ingresos a incrementar su propio patrimonio. También debería tener en cuenta, de un modo análogo, las contribuciones indirectas mediante la dedicación al hogar y a los hijos.

Se podría prever la posibilidad de que en esa distribución de bienes el Juez pudiera determinar la liquidación de la parte correspondiente en dinero. Se podría pensar, incluso, en una regla de acuerdo con la cual el conviviente que tiene hijos comunes a su cargo pueda solicitar la atribución de la vivienda en propiedad (mediando el pago del complemento de precio, en su caso), o en arriendo (hasta la mayoría de edad de los hijos menores).

#### **4.3. La compensación de las contribuciones económicas indirectas y de la dedicación al hogar y a los hijos para evitar el enriquecimiento injustificado**

Debe pensarse en un sistema que garantice que en el momento de la ruptura de la convivencia no se pueda perpetuar una situación clara de enriquecimiento injustificado de uno de los convivientes en detrimento del otro. La regulación debería prever con la amplitud suficiente las situaciones que durante la convivencia pueden haber comportado ese enriquecimiento. Si no se hiciera así sería mejor no establecer ninguna regla porque ello podría frustrar una línea jurisprudencial que tiene su máximo exponente en la STS 1.<sup>a</sup> 11-12-1992, (La Ley 13.908) y que resuelve pasablemente el problema mediante la institución general del enriquecimiento injustificado. Debe recordarse, en este punto, que la institución del enriquecimiento injustificado es subsidiaria y que, por tanto, cualquier precepto legal sobre la materia puede evitar su aplicación futura.

La compensación para evitar el enriquecimiento injustificado debe tener por objeto compensar aquellas contribuciones que no hayan sido ya compensadas en el transcurso de la relación, ni que se hayan tenido en cuenta con ocasión de la división y distribución de los bienes. Así, puede referirse a las contribuciones económicas indirectas que han permitido, por ejemplo, que gracias a que un conviviente ha destinado sus ingresos a subvenir los gastos generados por la convivencia, el otro ha podido dedicarse a aumentar y mejorar su capacidad laboral o profesional (continuando, p. ej., su formación o sus estudios). La regula-

ción debería dedicar una atención especial a que se compensaran las contribuciones consistentes en la dedicación al hogar y a los hijos; por regla general, esas contribuciones comportan para el conviviente que las lleva a cabo —la mujer, normalmente— unos costes de oportunidad inmensos, y no sólo porque impiden, dificultan o reducen los ingresos que puede obtener sino también porque, al provocar que deje de trabajar, que lo haga con menor intensidad o que reduzca su jornada, perjudican sus posibilidades de promoción profesional o laboral futuras.

En relación a este apartado y al anterior, una posible regulación podría ir en la línea siguiente:

**Artículo ... *La compensación económica en la convivencia de hecho***

**1. Los convivientes de hecho no tienen derecho a reclamar la participación en las ganancias obtenidas durante el período de convivencia, excepto si así lo han pactado expresamente.**

**2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el conviviente que haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro tiene derecho a una compensación económica, en el momento en que cese la convivencia por cualquier causa, si esa contribución ha generado una situación de desigualdad económica entre el patrimonio de ambos.**

**3. También tiene derecho a percibir una compensación económica en el momento del cese de la convivencia por cualquier causa el conviviente que, sin retribución o con una retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos comunes o del otro conviviente, o ha trabajado para éste, si ello ha generado una situación de desigualdad económica entre el patrimonio de ambos.**

**4. A falta de acuerdo en los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, el Juez fijará equitativamente la cuantía de la compensación en atención a la duración de la convivencia y a las otras circunstancias del caso.**

#### **4.4. La exclusión de pensiones alimenticias**

La convivencia de hecho, sea cual sea su duración, no debe ser una fuente de financiación en la que pueda arrellanarse uno de los convivientes para su sostenimiento futuro. Es bien conocida la tendencia actual de reducir o eliminar los derechos alimentarios entre ex-cónyuges, en favor de lo que la doctrina angloamericana denomina un *clean break*,

en aquellos países en que aún subsisten (236). La pensión alimenticia indefinida dificultaría que el obligado pudiera rehacer su vida después de la ruptura y, en los supuestos de fracaso de sucesivas relaciones de convivencia, incluso podría llegar a impedirlo.

Este principio general podría hallar su excepción en algún supuesto en que la situación de necesidad que daría derecho a reclamar la pensión hubiera sido generada precisamente por las características de la relación de convivencia ya acabada. Se puede pensar aquí en la posibilidad de otorgar una pensión porque quien la solicita la necesita para subvenir su sustentación debido a que ha de dedicarse a la atención de hijos comunes o del obligado; en este caso la pensión se devengaría hasta que los hijos llegasen a la mayoría de edad o hasta que cesara esa situación por cualquier otra causa. También en aquellos casos en que los costes de oportunidad laborales o profesionales han sido especialmente gravosos para uno de los convivientes y ello se ha traducido en un enriquecimiento del otro que no se ha podido compensar con ninguna de las acciones anteriormente mencionadas, se podría pensar en otorgarle una pensión durante un período breve (un, dos o tres años) para permitir que se recicle o que se reintegre en su actividad o profesión en unas circunstancias, si bien no totalmente iguales, si similares a las que se encontraría si no la hubiese abandonado temporalmente. Como puede observarse por la naturaleza de los supuestos excepcionales para los que se reserva, esa pensión tiene más carácter compensatorio que alimenticio.

Una de las muchas posibles regulaciones en la línea de lo que se acaba de decir podría ser la siguiente:

(En el Título relativo al derecho de alimentos)

**Artículo ... *La pensión periódica de los convivientes de hecho***

**1. Los convivientes de hecho no tienen el deber de alimentos entre sí, pero tienen el derecho a obtener una pensión periódica del otro o de sus herederos en el momento en que, por cualquier causa, cesa la convivencia si ésta ha generado una situación de desigualdad económica entre el patrimonio de ambos y el que la necesita no puede atender adecuadamente su sustentación por alguna de las razones siguientes:**

**a) Ha de dedicarse a atender a un hijo común o del conviviente obligado a prestarla.**

---

(236) Vide, recientemente, el excelente libro de María Paz GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995, especialmente p. 134 y ss.

b) Quiere invertir de modo razonable, atendidas las circunstancias, una parte substancial de su tiempo a incrementar su capacidad de obtener ingresos, siempre que la relación de convivencia la haya afectado negativamente en beneficio del otro conviviente.

2. La reclamación de la pensión periódica en los dos supuestos previstos en el apartado anterior es preferente al deber de alimentos establecido en el Título... [el relativo a los alimentos], pero no lo excluye, y debe formularse dentro del plazo de un año a contar desde el momento del cese de la convivencia.

**Artículo...** *La extinción del derecho a obtener la pensión periódica*

El derecho a obtener la pensión periódica que prevé el artículo anterior, además de por las causas generales previstas en el art.... [*Causas de extinción del derecho de alimentos*], se extingue:

a) En el supuesto en que se ha otorgado por la dedicación al hijo, cuando ésta cesa por cualquier caso y, en todo caso, cuando el hijo alcanza la mayoría de edad.

b) Si se ha otorgado para incrementar la capacidad de obtener ingresos, por el transcurso de dos (tres) años a contar desde la fecha del pago de la primera pensión.

## 5. BIBLIOGRAFIA CITADA

### General

Henning BECH, *Report from a Rotten State: «Marriage» and «Homosexuality» in Denmark*, en Ken PLUMMER (Ed.), *Modern Homosexualities*, London/New York, Routledge, 1992, p. 134-147.

Carmen CHINCHILLA MARÍN, *La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi Civil, núm. 6, junio 1995, p. 9-33.

María Paz GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, Civitas, 1995.

Víctor FARRERES COMELLA, *El principio de igualdad y el «derecho a no casarse» (A propósito de la STC 222/1992)*, REDC 1994, p. 163-196.

Kathleen E. KIERNAN / Valerie ESTAUGH, *Cohabitation. Extra-marital childbearing and social policy*, London, Family Policy Studies Center, 1993.

Linda NIELSEN, *Family Rights and the «Registered Partnership» in Denmark*, International Journal of Law and the Family, 4, 1990, p. 297-307.

Marianne Hojgaard PEDERSEN, *Denmark: Homosexual Marriages and New Rules Regarding Separation and Divorce*, Journal of Family Law, 1991/1992, p. 289-293.

Andreas WACKE, *Die Registrierung homosexueller Partnerschaften in Dänemark*, FamRZ 1990, p. 347-351.

## Francia

Alain BENABENT, *Droit civil. La famille*, 5è. ed., Paris, LITEC, 1993.

Jean CARBONNIER, *Droit civile. t. 2. La famille*, 16è ed., Paris, PUF, 1993.

Francoise FURKEL, *Die wichtigsten Änderungen im französischen Familienrecht durch das Gesetz vom 8. Januar 1993*, FamRz 1994, p. 1084 y ss.

Jean HAUSER/Daniele HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, 2è. ed., Paris, LGDJ, 1993.

Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Une importante réforme en droit de la famille: la loi N.º 93-22 du 8 janvier 1993*, JCP 1993.

## Italia

Mauro BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, CEDAM, 1992.

BUSNELLI/SANTILLI, *La famiglia di fatto*, en Giorgio CIAN/Giorgio OPPO/Alberto TRABUCCHI, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, Padova, CEDAM, 1993, vol. VI.1.

Michele GIORGIANNI, en Giorgio CIAN/Giorgio OPPO/Alberto TRABUCCHI, *Commentario al Diritto Italiano della Famiglia*, Padova, CEDAM, 1992, vol. IV.

Giacomo OBERTO, *Illecito civile e convivenza «more uxorio»*, Resp. civ. prev. 1991, p. 4 y ss.

— *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, Giuffrè, 1991.

— *Partnerverträge in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des italienischen Rechts*, FamRZ 1993, p. 1-12.

Hans-Wolfgang STRÄTZ, *Ein italienischer Gesetzesvorschlag zur Regelung des nichtehelichen Zusammenlebens*, FamRZ 1988, p. 897-902.

## Inglaterra

P. M. BROMLEY/N. V. LOWE, *Family Law*, 8th. ed., London, Butterworths, 1992.

Stephen M. CRETNEY, *Elements of Family Law*, 2nd. ed., London, Sweet & Maxwell, 1992.

Brenda HOGGETT, *Parents and Children*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 1993.

Brenda HOGGETT/David S. Pearl, *The Family Law and Society. Cases and Materials*, 3rd. ed., London, Butterworths, 1991.

Stephen PARKER, *Cohabitees*, 3rd. ed., London, Longman, 1991.

Martin PARRY, *The Law Relating to Cohabitation*, 3rd. ed., London, Sweet and Maxwell, 1993.

Jacqueline PRIEST, *Families Outside Marriage*, 2nd. ed., Bristol, Jordan, 1993.

## Alemania

- F. W. BOSCH, *Bundesverfassungsgericht und nichteheliche Lebensgemeinschaft*, FamRZ 1991, p. 1-8.
- Gerd BRUDERMÜLLER, *Wohnungszuweisung bei Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft?*, FamRZ 1994, p. 207 y ss.
- Dagmar COESTER-WALTJEN, *Die Lebensgemeinschaft-Strapazierung des Parteiwillen oder staatliche Bevormundung?*, NJW 1988, p. 2085-2090.
- Siegfried DE WITT/Johan Friedrich HUFFMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft*, 2A, München, Beck, 1986.
- Joachim GERNHUBER/Dagmar COESTER-WALTJEN, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4A, München, Beck, 1994.
- Herbert GRZIWOTZ, *Rechtsprechung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, FamRZ 1994, p. 1217- 1226.
- Rainer HAUSMANN, *Nichteheliche Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich*, München, Beck, 1989.
- Othmar JAUERNIG (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 7. A., München, Beck, 1994.
- Heinrich LANGE/Kurt KUCHNIKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, 3.A., München, Beck, 1989.
- Manfred LIEB, *Empfiehl es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln?*, Gutachten A für den 57. DJT, München, Beck, 1988.
- Christiane SCHREIBER, *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft. Bestandaufnahme, Rechtsvergleich, Gestaltungsvorschläge*, München, Jehle-Rehm, 1995.
- Dieter SCHWAB, *Familienrecht*, 7 A, München, Beck, 1993.
- SCHWENZER, *Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, JZ 1988, p. 781-832.
- STEINERT, *Vermögensrechtliche Fragen während des Zusammenlebens und nach Trennung Nichtverheireter*, NJW 1986, p. 683-689.

## Suecia

- Anders AGELL, *Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe in Schweden*, en Uwe BLAUROCK (Hrsg.), *Entwicklungen im Recht der Familie und der außerehelichen Lebensgemeinschaften*, Frankfurt am Main, Metzner, 1989, p. 83-115.
- Anders AGELL, *Die schwedische Gesetzgebung über nichteheliche Lebensgemeinschaften*, FamRZ 1990, p. 817-822.
- Michael BOGDAN/Ann NUMHAUSER-HENNING, *La cohabitación extramatrimonial en el Derecho sueco*, en Centenario del Código civil, Pinoso, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, 1989, p. 47-65.
- Goran HÅKANSSON, *Die rechtliche Behandlung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften in Schweden*, en Uwe BLAUROCK (Hrsg.), *Entwicklungen im Recht der Familie und der außerehelichen Lebensgemeinschaften*, Frankfurt am Main, Metzner, 1989, p. 9-20.
- Ulrike RADAU, *Die Gesetzgebung zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Schweden*, MDR 1989, p. 703-706.
- Christoph SPINDLER, *Aktuelle Neuregelungen des Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Schweden*, FamRZ 1988, p. 913-915.

## Australia

- Anthony DICKEY, *Family Law*, Sydney, The Law Book Company, 1990.
- Sigrid DIENST-ROHLOFF, *Die Entwicklung des «Rechts der nichtehelichen Lebensgemeinschaft» in New South Wales/Australien*, Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtwesen, 1989.
- H. A. FINLAY/A. J. BRADBROOK/R. J. BAILEY-HARRIS, *Family Law, Cases, Materials and Commentary*, 2nd. ed., Sydney, Butterworths, 1993.
- Carol FOREMAN/Stephen O'RYAN, *Guide to De Facto Relationships Act New South Wales*, Sydney, Butterworths, 1985.
- Stephen PARKER/Patrick PARKINSON/Juliet BEHRENS, *Australian Family Law in Context. Commentary and Materials*, Sydney, The Law Book Company, 1994.
- Gisela SCHATTE, *Die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Australien — Unter besonderer Berücksichtigung des De Facto Relationships Act 1984 (New South Wales—, FamRZ 1987, p. 14-23.*
- Sabine VOSS, *Ein Gesetzesvorschlag für die vermögens- und unterhaltsrechtliche Auseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland nach dem Beispiel des De Facto Relationships Act 1984 von Neusudwales/Australien*, Berlin, Duncker und Humblot, 1993.

## Canadá

- Nicholas BALA/Marlene CANO, *Unmarried Cohabitation in Canada: Common Law and Civilian Approaches to Living Together*, 4 Canadian Family Law Quarterly (1989), p. 147-222.
- Mireille D. CASTELLI/Éric-Olivier DALLARD, *Le nouveau droit de la famille au Québec. Projet de Code civil du Québec et Loi sur le divorce*, Sante-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993.
- T. W. HAINSWORTH, *Ontario Family Law Act Manual*, 2nd. ed., Aurora, Canada Law Book Inc., 1992.
- Winifred H. HOLLAND, *Cohabitation and Marriage-A Meeting at the Crossroads?*, 7 Canadian Family Law Quarterly (1991), p. 31-58.
- James MACDONALD/Ann WILTON, *The 1995 Annotated Ontario Family Law Act*, Toronto, Carswell, 1994.
- Monique OUELLETTE, *Droit de la Famille*, 2è. ed., Montreal, Themis, 1991.