

## Compañera en precario\*

Julio PICATOSTE BOBILLO

He aquí la situación de hecho: Francisco y Eugenia habían decidido vivir juntos y así lo hicieron manteniendo una pacífica convivencia durante diez años en el curso de la cual nace un hijo; surge el desafección, y Francisco, decidido a romper con su pareja y poner fin a aquella convivencia, consulta con su abogado para saber qué puede hacer legalmente para romper definitivamente con su compañera, y, sobre todo, para expulsarla de la vivienda de su propiedad donde se habían instalado y vivido durante aquellos diez años. El instrumento jurídico procesal que se pone en marcha para atender a las aspiraciones de Francisco es el precario: ¿acaso no está Eugenia disfrutando de la vivienda sin título alguno?, ¿no es cierto que Francisco es, en definitiva, un propietario tolerante del uso de que disfrutaba hasta ese momento su compañera? Y, sobre todo, se dice el abogado ¿dispone de otro medio o procedimiento para desembarazarse de una convivencia ya enojosa y recuperar el pleno disfrute de su propiedad hasta entonces compartido?

El anterior conflicto surge en el seno de lo que no es si no un ejemplo de las llamadas uniones extramatrimoniales de rica terminología en el término doctrinal que hace uso de expresiones como «uniones libres», «concubinato», «parejas no casadas», «uniones de hecho» y aun «familia de hecho», todas ellas con un valor no siempre igual; en todo caso, el Código Civil no tiene acuñada ninguna denominación especial; se diría que, en cierto modo, se muestra esquivo a adoptar o acoger un término de los enunciados anteriormente de los que pudiera percibirse una connotación institucionalizadora; las referencias del texto legal lo son a la convivencia marital (véanse los artículos 320.1 y 101) sin aspiración de diseñar término conceptual alguno. Se trata en todo caso de situaciones frecuentes en la realidad social que el Derecho no ha podido ignorar en la medida que su cada vez más aceptada presencia va convirtiéndose en situación referencial de problemas de índole jurídico a los que, como se dice, el ordenamiento ha de prestar atención.

Inicialmente el matrimonio aparece como vía nor-

mal para la constitución de la familia; tal es, por ejemplo, la concepción del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que después de proclamar que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, añade que se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello. De semejante tenor es el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York en el que después de entronizar a la familia como elemento básico de la sociedad (se utilizan los mismos vocablos de «natural y fundamental») la hace acreedora a la más amplia protección y asistencia. Ello, no obstante, ha ido cimentándose la idea de otras formas de relación, no reglada de acuerdo a aquellas pautas conyugales o matrimoniales, pero que también pueden ser tenidas como fuente de relaciones de orden familiar, al punto de que se haya caracterizado la unión extramatrimonial como una fórmula familiar alternativa<sup>1</sup>. Desde esta perspectiva se destaca la línea del artículo 39 de la Constitución, del que, cuando menos, hay que decir que no posterga las uniones extramatrimoniales en la medida que dicho precepto está haciendo referencia a las relaciones de familia tanto matrimoniales como extramatrimoniales, y en cuanto a éstas está asegurando unos niveles mínimos de protección<sup>2</sup>.

Aunque con desigual nivel, la unión extramatrimonial tiene reconocimiento en el derecho comparado, si bien con mayor aceptación en el hispanoamericano; mayor resistencia han ofrecido los ordenamientos europeos en punto al reconocimiento de eficacia jurídica a las relaciones estables de parejas no unidas por vínculo matrimonial. Más allá de la despenalización del adulterio y amancebamiento poco se ha recogido en los textos legales en el orden que comentamos, muy probablemente porque pueda aun subyacer cierta idea de la ilicitud de la unión extramatrimonial. Pero la pujanza social ha tenido su reflejo en los ámbitos doctrinal y jurisprudencial obligados a la contemplación del caso concreto y sen-

\* Este artículo se elabora sobre la base y desde la línea argumental de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 5 de noviembre de 1990, cuyo contenido se incorpora sustancialmente a este texto

<sup>1</sup> Merino Gutiérrez, A. «Las uniones libres y su perspectiva actual (Las parejas no casadas)». *La Ley*, 1988.

<sup>2</sup> Merino Gutiérrez, A. «Las uniones.» *loc cit.* entiende que el artículo 39 de la Constitución comprende tanto las relaciones estables de familia no matrimoniales como a las matrimoniales. «No se puede negar que la única regulación constitucional de las relaciones heterosexuales es la del matrimonio, pero no es menos cierto que la noción de familia no abarca solamente a este

último, sino, además en su caso, a las llamadas uniones libres» (...). «El análisis de la Constitución Española del 78 me lleva, pues, a considerar que las uniones libres no están prohibidas por la misma y pueden ser, en consecuencia, objeto de protección jurídica, sin que necesariamente éstas deban considerarse como un matrimonio de segundo grado o de peor condición, simplemente se trata de una fórmula familiar alternativa.» De signo diferente es la opinión de Garrido de Palma, V. M. y Regojo Otero, A. «La familia no matrimonial (estudio sobre el concubinato) en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1986, nov., num. 5, pp. 613-625

sibles a un fenómeno de inevitable y creciente presencia social; por ello desde esa experiencia se ha dicho que la familia jurídicamente relevante no es sólo la fundada en el matrimonio, toda vez que el propio legislador va contemplado el instituto de la adopción.

Que las relaciones de afectividad no matrimoniales han tenido cabida en el marco legislativo para reconocerles una relevancia jurídica hasta hace poco impensable es algo ya constatable en el ordenamiento jurídico español; baste para ello recordar los artículos 11 y 18 del Código Penal en los que, a propósito de las denominadas circunstancias mixtas, en el primer caso, y del encubrimiento entre parientes, en el segundo, se equipara la relación de afectividad a la matrimonial. Igual equiparación se produce en el artículo 101 del Código Civil al regular las causas de extinción del derecho a pensión compensatoria, entre las que se cita la de contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. Difícilmente imaginable era hace unos años que la Ley Orgánica del Poder Judicial pudiese contemplar entre las incompatibilidades para pertenecer simultáneamente a una misma Sala la circunstancia de Magistrados que estuvieren unidos por situación de hecho equivalente al vínculo matrimonial; así lo hace el artículo 391 de aquella ley. Ya en el ámbito de la Seguridad Social es de recordar la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 de 7 de julio en cuyo apartado segundo se reconoce derecho a las prestaciones de la Seguridad Social que refiere su apartado primero, a quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha de promulgación de aquella ley, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la Ley de Divorcio. Por otra parte, la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984 extendía la asistencia sanitaria a aquel que sin ser cónyuge vive maritalmente con el titular del derecho; por último la recomendación 67 de la OIT propugna la atribución de las prestaciones por muerte no sólo en favor de la viuda, sino también de la mujer que aun no casada cohabitaba con el fallecido.

Algunas resoluciones judiciales han reconocido a las uniones extramatrimoniales ciertas consecuencias en el ámbito jurídico que implican, en determinadas áreas, la equiparación con la pareja matrimonial. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986 negó el derecho de viudedad foral aragonesa a la esposa legítima, manteniendo, en consecuencia, la validez de la cláusula testamentaria en que se lega el usufructo vitalicio de una casa a la compañera del fallecido; bien es cierto que la resolución se sitúa en la perspectiva de la teoría del abu-

so del derecho en que entendía incurrir la pretensión de quien, pretendiendo el derecho de viudedad foral aragonesa, había vivido en situación de ruptura matrimonial mantenida desde el año 1934 hasta 1981, aspirando mediante la pretendida efectividad de aquel derecho la obtención de bienes a cuya adquisición no había contribuido y ello en detrimento de la equidad y perjuicio de la persona que había convivido con el causante desde 1938 hasta 1981.

En el ámbito de la llamada jurisprudencia provincial es de destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986 que admitió el convenio celebrado por pareja estable sometiendo al régimen de gananciales sin haber contraído matrimonio; basa dicha admisibilidad en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, puesto que aquel convenio ni es contrario a las leyes, ni a la moral, ni a las buenas costumbres y, además, en la idea de que aunque el pacto o convenio de ganancialidad se contemple en el Código Civil para el matrimonio, nada prohíbe aplicar a una pareja no matrimonial las consecuencias de aquel régimen cuando así se pacta expresamente y concurren los requisitos del artículo 1261 del Código Civil<sup>3</sup>.

La Sentencia de 15 de mayo de 1986 de la Audiencia Provincial de Bilbao deniega la prórroga forzosa por causa de necesidad fundada en el hecho de que el hijo del propietario mantenía relación de afectividad y de hecho en convivencia marital; invoca la interpretación sociológica de las normas al amparo del artículo 3.1 del Código Civil y trae a colación diversos textos legales donde, de una u otra forma, se contemplan las situaciones extramatrimoniales. En el mismo ámbito arrendaticio urbano la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de junio de 1986<sup>4</sup> reconoce a la mujer convivente de hecho —sin vínculo matrimonial— el derecho de subrogación en el arrendamiento en caso de fallecimiento del inquilino con el que aquella convivía de manera estable. La sentencia decide mantener a la apelante —convivente de hecho— en el derecho arrendaticio salvando el conflicto planteado entre el *ius strictum* y el *ius aequum* con la invocación de los artículos 10, 14, 16, 24, 32, 39 y 47 de la Constitución, el criterio interpretativo —también aquí— del artículo 3 del Código Civil, el paralelismo que el caso concreto tenía con la norma 2.ª de la Disposición Adicional 10.ª de la Ley 30/1981 y, finalmente, con una llamativa aplicación analógica del artículo 1957 del Código Civil a la adquisición del derecho a subrogarse en el arrendamiento de una vivienda por la posesión pública del estado matrimonial.

No obstante las referencias legislativas más arriba indicadas y las incursiones jurisprudenciales al hilo de conflictos determinados, no hay uniformidad

<sup>3</sup> En oposición a este criterio, también sustentado por Merino Gutiérrez, A. en *loc. cit.*, se manifiesta Garrido de Palma, V. M. y otra *loc. cit.*: «a un pretendido contrato de "menage" o a unas "seudocapitulaciones paramatrimoniales", con obligaciones personales y con efectos patrimoniales (bienes, deudas, responsabilidades...), calcado prácticamente de la regulación legal del matrimonio y sus efectos propios, no debe dárseles eficacia en Derecho, al faltar la premisa básica, el matrimonio». Conviene señalar que el primer autor citado limita la admisibilidad de aque-

llos pactos o convenios a los aspectos patrimoniales, nunca a las relaciones personales, único aspecto a que, entiendo, puede afectar cualquier pacto entre personas no unidas por matrimonio en punto a la regulación de sus relaciones de convivencia futura. Sobre este tema *vid.* también Muñoz de Dios, G. «Regimen económico en las uniones extramatrimoniales». *La Ley*, 30-VI-1987.

<sup>4</sup> *Vid.* Fuentes Lojo, J. V. «La subrogación en el arrendamiento de viviendas de los unidos extramatrimoniales» que comenta la citada sentencia. *La Ley*, 1987.

doctrinal en torno a la figura jurídica a cuyo amparo pudieran encontrar adecuada regulación los intereses en juego en determinados casos de uniones libres o extramatrimoniales. Si en otro tiempo los convenios o pactos reguladores de convivencia extramatrimonial por los convivientes pudieran encontrar el escollo de la inicial estimación de la relación como ilícita o inmoral y, por ello mismo, inadecuada para servir de sustento a relaciones jurídicas, la concepción actual en el orden social debe descartar tal impedimento. Varias son las figuras jurídicas que se han manejado para su aplicación a las relaciones convivenciales de hecho, entre ellas la empresa familiar, la relación laboral, la sociedad universal, la comunidad de bienes o intereses e, incluso, la teoría del enriquecimiento injusto. Con independencia de aquellas hipótesis en las que haya precedido una previa convención entre partes que permita la asimilación expresa a una determinada figura, la perspectiva de cada conflicto en particular inclinará la opción por una u otra figura jurídica. Desde un punto de vista general y, sobre todo, con referencia a los supuestos en los que exista un pacto mínimamente regulador, parece que las figuras de mayor proximidad son las que contemplan los artículos 1672 del Código Civil —sociedad de todos los bienes presentes o de todas las ganancias— y 392 y siguientes del mismo texto normativo que regulan la comunidad de bienes para cuya configuración hay libertad de pacto. Por lo demás, nada se opondría a la admisión de pactos o convenios que llevasen a la asimilación de las uniones extramatrimoniales a las figuras expresadas, o cualquier otra regulación de los aspectos patrimoniales, incluidos aquellos modelos expresamente diseñados para el matrimonio.

Hemos de retomar aquí el punto de partida y volver al supuesto de hecho allí planteado en el que se cuestiona la viabilidad del juicio de desahucio para materializar la ruptura de la convivencia de la pareja y obtener la expulsión de la mujer del que hasta entonces había sido sede y domicilio de ambos convivientes. Se trata, por otro lado, de un caso en el que, como es común y habitual, ningún pacto o convenio presidía la vida en común ni en orden a los intereses económicos, ni en lo relativo al uso de la vivienda común ni previsión alguna sobre el modo de liquidar la situación de comunidad creada para el supuesto de romperse el efecto convivencial. Como acontece en la mayoría de los casos no hay en el caso de Francisco y Eugenia otro elemento de juicio o dato valorativo que la mera y nuda situación de hecho que sólo por la forma de convivencia con-

tinuada y estable por tiempo de diez años, en unión del menor nacido en el curso de aquella convivencia, permite entender que, cuando menos tácitamente, se constituye un haz de vínculos o relaciones con la fortaleza y vigencia propias del efecto solidificador que el tiempo proporciona en las relaciones estables cuyo substrato es una voluntad tácita en el mantenimiento de determinados vínculos con especiales efectos y que, por ello, será susceptible de producir determinadas consecuencias jurídicas. En todo caso, parece que, en defecto de convención expresa, sí hay que afirmar que la convivencia continuada de la pareja establecida sobre la base de una verdadera «efectividad» entre convivientes, con visible propósito de crear —cual ocurría en este caso una situación convivencial estable, manifestada en el tiempo, es fuente de un entramado de relaciones de diversa índole —personal y patrimonial— que trasciende lo puramente convivencial con inevitables consecuencias en el orden jurídico. Todo ello significa fundamentalmente: A) Que en situaciones como la definida puede apreciarse, cuando menos, una situación de comunidad de intereses —o de bienes, en su caso— cuyas consecuencias no pueden resolverse mediante el expeditivo instrumento procesal del desahucio por precario para materializar así una ruptura de convivencia, pues sobre conducir a situaciones que pueden albergar graves atentados a la equidad, aquella situación compleja derivada de la prolongada vida en común, construida con designio de formar una pareja estable, no puede liquidarse mediante reducción al esquema simplista del precario y no tanto por la inadecuación procedimental como porque el disfrute de la vivienda en la mera tolerancia o liberalidad del dueño que excusase del pago de merced, lo que nos lleva a la segunda reflexión; B) La razón de ocupar la vivienda litigiosa no es, en modo alguno, una mera tolerancia o graciosa concesión del propietario, sino la comunidad de vida —e intereses por tanto— recíprocamente proyectada, aceptada y mantenida a lo largo de diez años; este substrato histórico, asentado en una voluntad concordada de ambos nada tiene que ver con el que es propio de las hipótesis de la entrega de una cosa en precario. No cabe tampoco pensar que el término de aquella convivencia extramatrimonial implique el fin de la largueza del conviviente dueño del piso, puesto que, como se viene diciendo, la situación originada que determinó el disfrute del bien no es la correspondiente a una mera posesión en precario, sino que trae causa de un *status* comunitario radicalmente distinto, no legitimador del juicio de desahucio.