

## EDJ 2008/73111

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 8-5-2008, nº 299/2008, rec. 814/2001

Pte: Roca Trías, Encarnación

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 1ª del Tribunal Supremo. 2007-2008"

### Resumen

*El TS estima el recurso de casación dirigido contra la sentencia al considerar infringida la jurisprudencia del TS que establece la inaplicabilidad como presunción del régimen de gananciales a las consecuencias económicas surgidas de las uniones de hecho, que el Código Civil reserva exclusivamente para el matrimonio, dado que no puede aplicarse dicha presunción si no puede probarse "inequívocamente" que fue la voluntad de los convivientes hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión. Considera la Sala que la prueba producida no evidencia dato alguno que refleje la voluntad de constituir dicha comunidad, al tiempo que recuerda los distintos pronunciamientos que tanto el TC como el TS han realizado proclamando la diferencia de ambas instituciones. Añade que debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja..*

### NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.96 , art.97 , art.98

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	4
FALLO .....	6

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### UNIONES DE HECHO

INAPLICABILIDAD AUTOMÁTICA DEL RÉGIMEN DE GANANCIALES  
RÉGIMEN ECONÓMICO  
SEPARACIÓN O RUPTURA

### FICHA TÉCNICA

Favorable a: Conviviente; Desfavorable a: Conviviente

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.96, art.97, art.98 de RD de 24 julio 1889. Código Civil  
Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC  
Cita art.240.2 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial  
Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil  
Cita RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

#### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido STS Sala 1ª de 22 febrero 2006 (J2006/11936)  
Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - INAPLICABILIDAD AUTOMÁTICA DEL RÉGIMEN DE GANANCIALES STS Sala 1ª de 26 enero 2006 (J2006/3937)  
Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - INAPLICABILIDAD AUTOMÁTICA DEL RÉGIMEN DE GANANCIALES STS Sala 1ª de 4 junio 1998 (J1998/7120)  
Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - RÉGIMEN ECONÓMICO STC Pleno de 11 diciembre 1992 (J1992/12237)  
Cita en el mismo sentido sobre UNIONES DE HECHO - RÉGIMEN ECONÓMICO STS Sala 1ª de 21 octubre 1992 (J1992/10289)  
Cita en el mismo sentido STC Pleno de 15 noviembre 1990 (J1990/10426)  
Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 29 enero 1990 (J1990/752)

#### Bibliografía

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 1ª del Tribunal Supremo. 2007-2008"  
Citada en "Las relaciones patrimoniales entre los miembros de la pareja de hecho. Praxis judicial"

En la Villa de Madrid, a ocho de mayo de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos de casación interpuestos, por D. Mariano, representado por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Zulueta Cebrián, y por D<sup>a</sup> Julia, representada por el Procurador de los Tribunales D. Javier Fernández Estrada, contra la Sentencia dictada, el día 28 de septiembre de 200, por la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, que resolvió el recurso de apelación núm. 3275/99, interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de San Sebastian. Son partes recurridas D. Mariano, y D<sup>a</sup> Julia, representados por los Procuradores anteriormente indicados.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de San Sebastian, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, D<sup>a</sup> Julia, contra D. Mariano. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... dicte en su día Sentencia por la que se declare:

- Que el contrato o Convenio regulador firmado entre la actora y demandado, con fecha 29 de julio de 1998, es nulo por falta del consentimiento, en cuanto a las estipulaciones que tengan que ver con las relaciones patrimoniales entre uno y otro otorgantes, manteniéndose la parte restante, aquéllas otras estipulaciones que tratan sobre la guarda y custodia, régimen de visitas y sostenimiento del hijo de ambos.

- Subsidiariamente, para el supuesto impensable se entendiera válido a todos los efectos dicho Contrato, se declare que su clausulado nada establece y por lo tanto en nada empece a los efectos de esta demanda, en la que se pide el reconocimiento de una Comunidad de bienes entre ambas partes.

- Se declare la existencia de una Comunidad de bienes, entre la actora y el demandado, por sus veinte años de convivencia como familia de hecho, contribuyendo ambos a la formación del patrimonio actualmente existente.

- Se declare que tal Comunidad de bienes la conforman además de los enseres domésticos que se han repartido aproximadamente al 50% cada uno, el negocio de Clínica Veterinaria denominado "M.", que comprende además del Local sito en planta baja de la Avda. T., 5 de San Sebastian, finca registral número. del Registro de la Propiedad núm. 2 de San Sebastian y de los utensilios, aparatos, mobiliario y productos de alimentación de animales que en él se contienen, su fondo de comercio y los fondos efectivos existentes en Bancos y Cajas, así como cuantos otros bienes y derechos pudieran aparecer, cuyo nacimiento, ampliación o desdoblamiento tenga su existencia y origen desde el momento en que la pareja de hecho han iniciado su vida en común (año 1978) hasta nuestros días.

- Que a falta de pacto expreso y dada la aportación de medios y esfuerzos semejantes, por ambos comuneros a la creación de dicho patrimonio común, se declare que tal patrimonio les corresponde al 50% a cada uno, compartiendo en esa misma proporción las cargas que pudieran existir.

- Que, constando la finca 23.754 registralmente a nombre exclusivo del demandado, se debe rectificar tal inscripción en el sentido de que la propiedad es en pro-indiviso y al 50% o por mitades iguales en favor del demandado y de la parte actora, cancelándose y/o modificándose en consecuencia la inscripción registral pertinente, y de persistir créditos con garantía hipotecaria se declare que tales créditos son de la Comunidad de bienes constituida al 50% por actora y demandado, y solidariamente responsabilidad de ambos frente a la Entidad acreedora.

- Que se condene al demandado a estar y pasar por tales declaraciones.

Con expresa condena en las costas y gastos de estas actuaciones por su especial temeridad, obligando a mi representada a la interposición de la presente demanda para hacer valer sus legítimos y justos derechos".

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado D. Mariano y por resolución de 25 de febrero de 1999, se le declaró en rebeldía, dándose por precluido el trámite de contestación a la demanda, y acordar recibir a prueba los presentes autos, practicándose la que propuesta por la actora, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Donostia-San Sebastian dictó Sentencia, con fecha 4 de mayo de 1999 y con la siguiente parte dispositiva: "Fallo: Que estimando la demanda formulada por la representación procesal de D<sup>a</sup> Julia contra D. Mariano sobre reconocimiento de comunidad de bienes, debo declarar y declaro la existencia de una Comunidad de Bienes entre las partes, conformada por el negocio de Clínica Veterinaria denominada "M.", que comprende además del local sito en Planta Baja de la Avenida de Tolosa 85 de San Sebastian, Finca registral núm. 23754 del Registro de la Propiedad núm. 2 de San Sebastian, y de los utensilios, aparatos, mobiliario y productos de alimentación de animales que en él se contienen, su fondo de comercio y los fondos efectivos existentes en Bancos y Cajas, así como cuantos otros bienes y derechos pudieran aparecer, cuyo nacimiento, ampliación o desdoblamiento tenga su existencia y origen desde el momento en que la pareja de hecho inició su vida en común (año 1978), hasta la fecha de hoy. La titularidad de dicho patrimonio corresponde a ambas partes por mitad, compartiendo en esa misma proporción las cargas que pudieran pesar sobre el mismo.

Procédase a rectificar la inscripción registral de la finca 23.754 del Registro de la Propiedad núm. 2 de San Sebastian, en el sentido de que la propiedad de la misma pertenece pro-indiviso, por partes iguales a la actora y al demandado, persistiendo las cargas que puedan gravarla, tanto de carácter personal como real, que deben compartirse en la misma proporción. A los efectos oportunos se librára el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad.

Las costas del presente procedimiento se imponen al demandado".

El demandado D. Mariano, mediante escrito de fecha 20 de mayo de 1999, compareció solicitando:

"Primero: Se tenga a Mariano como comparecido en autos, asistido por el Letrado Eduardo Jiménez Torres y representado por este Procurador.

Segundo: Se aclare el concepto oscuro o se supla la omisión consistente en no haberse citado, en la sentencia, como compartibles al 50% no solo las cargas registrales sino las deudas (sean procedentes de la ocupación de la misma vivienda, sean procedentes de reclamaciones laborales de una empleada del negocio, sean procedentes de la intervención quirúrgica relacionada con el corazón practicada en E.E.U.U. a mi representado).

Tercero: Se resuelva, expresamente, que el término para interponer el recurso de apelación, se contará desde la notificación del auto en que se haga o deniegue la aclaración (art. 407 L.E.C EDL 2000/77463 )."

Que por resolución de 24 de mayo de 1999, se acordó tener por personado y parte al demandado D. Mariano, y en su nombre y representación a la Procuradora Sra. Álvarez López, en virtud del Poder presentado, y no haber lugar a la aclaración solicitada, en base a los razonamientos que en dicha resolución se exponen. Asimismo se acordó conceder el plazo para recurrir la sentencia a partir de esta resolución.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Mariano. Sustanciada la apelación, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipuzkoa dictó Sentencia, con fecha 28 de septiembre de 2000, con el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por Mariano frente a la sentencia dictada el 4-V-99 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de San Sebastián. Debemos confirmar y confirmamos dicha resolución con las siguientes precisiones:

- La participación de la actora en los bienes litigiosos asciende al 37,31% y la del demandado al 62,69%.
- Al formular el haber que corresponde a la actora se incluirá el valor de la casa de Gallipienzo.
- No se hace especial imposición de costas en la primera instancia.

Todo ello sin hacer especial mención de costas en esta apelación".

Por la representación de D<sup>a</sup> Julia, se presentó escrito solicitando la aclaración de dicha Sentencia, dictándose por la Sala Auto con fecha 3 de enero de 2001, no dando lugar a la Aclaración solicitada.

TERCERO.- D. Mariano, representado por el Procurador de los Tribunales D. Oscar Mejias Abad, presentó escrito anunciando recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Asimismo D<sup>a</sup> Julia, representada por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup> Inmaculada Bengoechea Ríos, presentó escrito formulando recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en los siguientes motivos: Primera: infracción procesal de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 469-2º nueva Ley de Ritos) por violación por inaplicación indebida del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , (218 de la nueva Ley de Ritos).

Segunda: infracción procesal de las normas procesales reguladoras de la sentencia (469-2º nueva Ley de Ritos) por violación por aplicación indebida del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 (218 de la nueva Ley de Ritos).

Por resolución de 1 de marzo de 2001, se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala de lo Civil de este Tribunal.

CUARTO.- La representación de D. Mariano, formalizó recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero: Con fundamento en el número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , infracción de la Jurisprudencia que establece la no aplicabilidad, como presunción, del régimen legal de gananciales a las consecuencias económicas surgidas de una unión paramatrimonial, ya que el Código Civil EDL 1889/1 lo reserva exclusivamente para el matrimonio.

Segundo: Con fundamento en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , infracción del artículo 1667 del Código Civil EDL 1889/1 .

Por resolución de fecha 22 de mayo de 2001, esta Sala dictó providencia del tenor literal siguiente: "...ante la eventual nulidad de actuaciones derivadas de la tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal, instado por la representación de D<sup>a</sup> Julia, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero EDL 2000/77463 , pese a que la Sentencia de segunda instancia se dictó con fecha anterior a la entrada en vigor de la nueva LEC 2000 EDL 2000/77463 , e incluso, el recurso de casación preparado por la representación de D. Mariano se ha tramitado conforme a la LEC de 1881 EDL 1881/1 , procede oír a las partes, por medio de sus Procuradores, a tenor de lo dispuesto en el art. 240.2 de la LOPJ EDL 1985/8754 , a cuyo fin se concede un plazo común de cinco días para que aleguen lo que estimen oportuno". Las partes evacuaron dicho traslado presentando los oportunos escritos.

Con fecha 10 de julio de 2001, la Sala dictó Auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente:

"1º.- Declarar la nulidad de la Providencia dictada el 1 de febrero de 2001, dictada por la Audiencia de Guipuzcoa (Sección Tercera) en el rollo de apelación 3275/99, así como de la Providencia de 1 de marzo siguiente, en cuanto tuvo por interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero EDL 2000/77463 .

2º.- Tener por preparado recurso de casación contra la Sentencia de segunda instancia, de fecha 28 de septiembre de 2000, por la representación procesal de D<sup>a</sup> Julia, a la que se concede ahora un plazo de treinta días, para que presente ante esta Sala escrito de interposición de dicho recurso de casación, con sujeción a las disposiciones de la LEC de 1881 EDL 1881/1 , bajo apercibimiento de caducidad.

3º.- Continuar la sustanciación del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Mariano y del que pueda interponerse por la Sra. Julia, dentro del plazo mencionado, con arreglo a lo establecido en los art. 1709 y siguientes de la LEC de 1881 EDL 1881/1 ". Por la representación de D. Mariano, se interpuso recurso de reposición contra la anterior resolución que fue resuelto por

Auto de fecha 16 de octubre de 2001, y que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "...Desestimar el recurso de reposición interpuesto por el Procurador D. Carlos de Zulueta Cebrián, en representación de D. Mariano, contra el Auto de 10 de julio de 2001, que se confirma, todo ello con expresa imposición de las costas causadas por este recurso de reposición a dicho litigante".

QUINTO.- La representación de D<sup>a</sup> Julia, formalizó recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipuzkoa, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero: Con fundamento en el número 3 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , por violación por inaplicación indebida del artículo 359 de la LEC EDL 2000/77463 .

Segundo: Con fundamento en el número 3 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , por violación por aplicación indebida del artículo 359 de la LEC EDL 2000/77463 .

SEXTO.- Admitidos los recursos y evacuados los traslados conferidos al respecto, el Procurador D. Carlos Zulueta Cebrián, en nombre y representación de D. Mariano, impugnó el formulado de contrario, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

Asimismo el Procurador D. Javier Fernández Estrada, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Julia, impugno el formulado de adverso, solicitando se rechazase dicho recurso.

SÉPTIMO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el quince de abril de dos mil ocho, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. D<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos fundamentales para el presente recurso son los siguientes:

1º D<sup>a</sup> Julia y D. Mariano habían constituido una unión de hecho, en una convivencia de aproximadamente veinte años, durante la cual tuvieron dos hijos.

2º D. Mariano abrió un negocio consistente en una Clínica veterinaria, que constaba exclusivamente a su nombre, en la que había trabajado D<sup>a</sup> Julia, colaborando en las tareas administrativas y de funcionamiento. En alguna ocasión, D. Mariano había hecho constar que estaba sujeto al régimen de gananciales.

3º Al sobrevenir la crisis, ambas partes firmaron un convenio en que además de lo relativo al mantenimiento, guarda y custodia y visitas del hijo, se declaró lo siguiente:

"Quinto: No produciéndose desequilibrio económico entre los convivientes, ambos renuncian expresa y mutuamente a la pensión que pudiera corresponderles.

Sexta: La vivienda familiar, dado que estaba en arrendamiento, será abandonada por ambos convivientes".

4º D<sup>a</sup> Julia demandó a D. Mariano pidiendo la nulidad del denominado "convenio regulador" por falta de consentimiento y porque no contenía ningún acuerdo relativo al patrimonio y no se establecía ninguna norma relativa a la disolución de la comunidad de bienes creada con la convivencia, que centraba en la clínica veterinaria y las cuentas corrientes conjuntas. En el suplico de la demanda se solicitaba lo siguiente:

a) Que se declarara la nulidad del convenio por falta de consentimiento en aquellas estipulaciones relativas a las relaciones patrimoniales entre los convivientes.

b) Que si no se declaraba la nulidad, se declarase la existencia de una comunidad de bienes entre ambos convivientes.

c) Que dicha comunidad la conforman el negocio de clínica veterinaria, con todo lo que comprende, su fondo de comercio y los fondos efectivos existentes en Bancos y Cajas y otros bienes que pudieran aparecer, lo que les pertenece por mitad.

d) Que constando la finca 23754, donde se encontraba el centro veterinario, a nombre exclusivo del conviviente demandado, debía rectificarse la inscripción porque la propiedad debía considerarse pro indiviso y al 50% de ambos convivientes.

5º El demandado D. Mariano no contestó la demanda y fue declarado en situación legal de rebeldía.

6º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 5 de Donosti, de 4 mayo 1999, estimó la demanda. Consideró que se había generado "una comunidad de intereses y trabajo que ha generado ingresos, con los que se han adquirido bienes que figuran exclusivamente a nombre del demandado", lo que lleva a concluir que éste efectuó un ejercicio abusivo de sus derechos y produjo una clara situación de enriquecimiento injusto. Consideró también que "hay que apreciar la existencia de esos hechos concluyentes, expresivos de la voluntad de constituir una comunidad de bienes por la actora y el demandado, en la que se han venido integrando los bienes adquiridos con los ingresos provenientes del trabajo de ambos". Resultaba innecesario declarar la nulidad del convenio por no contener ninguna estipulación de contenido patrimonial, pero de los argumentos utilizados, entendió la sentencia que se había generado una comunidad de bienes sobre la clínica y la finca y que su titularidad correspondía a ambos convivientes por mitad.

7º En segunda instancia compareció el demandado D. Mariano y pidió el recibimiento del pleito a prueba, a lo que se accedió. Acabado el periodo de prueba, la sentencia de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián, de 28 septiembre 2000, en lo referente al fondo del litigio, que es lo que importa para la resolución del presente recurso de casación, estimó:

a) Que se había acreditado la existencia de una unión de hecho.

b) Que existieron hechos concluyentes que acreditaban la voluntad de las partes de hacer comunes los bienes adquiridos durante la unión de hecho.

c) Sin embargo, no reconoció que las participaciones fueran iguales, sino que le correspondía a D. Mariano el 62,69% y el 37,31% a la actora.

d) Que en la parte de la actora debía integrarse una finca adquirida en 1989 que compró el demandado y que puso a nombre exclusivo de D<sup>a</sup> Julia. En consecuencia, estimó en parte la demanda.

Contra esta sentencia formulan recurso de casación ambos litigantes. El recurso de D<sup>a</sup> Julia está dividido en dos motivos, todos ellos al amparo del art. 1692, 3º LEC EDL 1881/1 y el de D. Mariano, dividido en dos motivos, ambos fundados en el art. 1692, 4 LEC EDL 1881/1 .

1º Recurso de D. Mariano.

SEGUNDO.- Para una adecuada resolución del recurso, debemos estudiar en primer lugar el presentado por D. Mariano.

El primer motivo considera infringida la jurisprudencia que establece la no aplicabilidad como presunción del régimen de gananciales a las consecuencias económicas surgidas de las uniones de hecho, que el Código civil EDL 1889/1 reserva exclusivamente para el matrimonio. Concretamente, cita como infringidas las sentencias de 23 julio 1998, 4 marzo 1997, 18 febrero 1993 y 22 julio 1993. Dice que cuando se trata de una unión paramatrimonial no se puede considerar aplicable, como presunción, el régimen de los gananciales, porque debe probarse "inequívocamente" que fue la voluntad de los convivientes hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión. La prueba producida no evidencia dato alguno que refleje la voluntad de constituir dicha comunidad.

El motivo debe ser estimado.

Las sentencias de esta Sala con relación a los problemas que plantea la liquidación de las convivencias de hecho han utilizado diversos criterios, que deben resumirse aquí a los efectos de la solución del presente recurso.

Previamente, debe recordarse que tanto las sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 14/1990 EDJ 1990/752 y 222/1992 EDJ 1992/12237 ), como las de esta Sala (17 mayo 1998 y las allí citadas, así como la de 12 septiembre 2005) proclaman la diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio. La sentencia de esta Sala de 12 septiembre 2005 declara que "la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio -Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990 EDJ 1990/10426 y la 222/92 EDJ 1992/12237 , por todas-, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por "analogía legis" de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC EDL 1889/1, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad". Es cierto que esta última sentencia se pronuncia en un supuesto de reclamación de una cantidad semejante a la de la pensión compensatoria del art. 97 CC EDL 1889/1 , pero sus planteamientos generales son coincidentes con sentencias anteriores relacionadas con reclamaciones relativas a la liquidación económica de los bienes adquiridos durante la convivencia, ya sea de forma individual por uno de los convivientes, ya sea en comunidad.

Los criterios utilizados por esta Sala en relación a esta problemática pueden resumirse a los efectos de la solución que debe darse a este recurso:

1º Esta Sala ha declarado siempre que debe estarse a los pactos que hayan existido entre las partes relativos a la organización económica para la posterior liquidación de estas relaciones (STS de 18 febrero 2003). La sentencia de 12 septiembre 2005, seguida por la de 22 febrero 2006 EDJ 2006/11936 , declara de forma contundente que "las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por ley específica; en ausencia de la misma se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto".

2º No se requiere que el pacto regulador de las consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso. Esta Sala ha admitido los pactos tácitos, que se pueden deducir de los facta concludentia, debidamente probados durante el procedimiento (SSTS de 4 junio 1998 EDJ 1998/7120 y 26 enero 2006 EDJ 2006/3937 ). Por ello esta Sala ha entendido que se puede colegir la voluntad de los convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia siempre que pueda deducirse una voluntad inequívoca en este sentido. Las sentencias de 21 octubre 1992 EDJ 1992/10289 , 27 mayo 1998 y 22 enero 2001 admiten que se pueda probar la creación de una comunidad por medio de los facta concludentia, que consistiré en la "aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común".

3º Sin embargo, no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen (Sentencia de 27 mayo 1998). La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente, la exclusión del régimen. A pesar de ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que se deduce de los hechos que se declaran probados que hubo una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos.

4º Los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen comunes a los convivientes, por lo que pertenecen a quien los haya adquirido; sólo cuando de forma expresa o de forma tácita (por medio de hechos concluyentes) se pueda llegar a determinar que se adquirieron en común, puede producirse la consecuencia de la existencia de dicha comunidad.

TERCERO.- En el presente recurso debe concluirse que dicha voluntad no existió. En definitiva los hechos declarados probados en el procedimiento, que esta Sala mantiene, no permiten llegar a concluir que concurría la voluntad tácita exigida por esta Sala para que pueda considerarse que existió la voluntad de constituir una comunidad entre los convivientes sobre los bienes que constituían el negocio consistente en la Clínica veterinaria que se discute. Ello se deduce de los siguientes elementos:

1º La sentencia recurrida mezcla hechos probados con otros hechos ocurridos durante el procedimiento. En el Fundamento sexto aprecia que la concurrencia de voluntad se evidencia en los siguientes hechos probados: "Los actos propios del recurrente previos, anteriores y posteriores a la ruptura de la unión de hecho, pues en la escritura de hipoteca otorgada el 27 diciembre 1988 se identifica en estado de casado con la actora. -Con ocasión de la ruptura de la relación ofreció a la actora financiar el 50% de un piso que se escrituraría a nombre del hijo común y -En el curso de la presente apelación ha ofrecido a la actora, para poner fin al procedimiento, la financiación de un piso de 20.000.000 ptas. y un contrato laboral en el negocio". Además, se afirma en la sentencia recurrida que la dedicación de la actora al negocio se desprende de declaraciones de testigos, así como "de la documental obrante en los autos (fotos y contratos de trabajo correspondientes al periodo 1990 a 1993). Estos hechos probados no pueden llevar a concluir que existió la pretendida voluntad de crear una comunidad, ya que:

a) La actora D<sup>a</sup> Julia había sido contratada por D. Mariano y en consecuencia, hay que deducir que su dedicación a la clínica veterinaria era una consecuencia directa del cumplimiento del contrato de trabajo.

b) El ofrecimiento de D. Mariano, producido durante la tramitación de la apelación, relativo a la financiación de la adquisición de un piso a nombre del hijo común constituye una forma de compensación y de cumplimiento de los pactos relativos a la obligación de alimentos contenidos en el llamado convenio regulador.

c) El ofrecimiento de unas cantidades y un contrato laboral efectuado durante el presente procedimiento no puede interpretarse como un hecho concluyente de reconocimiento de la comunidad, sino como una simple oferta de transacción.

d) La ausencia de cualquier referencia a la liquidación de los bienes en el denominado convenio regulador es absolutamente lógica porque nunca se adquirió ningún bien en común.

e) Durante la convivencia, el recurrente puso a nombre exclusivo de D<sup>a</sup> Julia una finca, a la que no se alude en la demanda.

De la valoración todos estos hechos se debe llegar a la conclusión que no existen los hechos concluyentes requeridos por la jurisprudencia de esta Sala relativa a la exigencia de voluntad tácita que deba llevar a concluir que se constituyó una comunidad de bienes, por lo que debe rechazarse la demanda.

CUARTO.- La estimación del primer motivo del recurso de casación presentado por D. Mariano exime del examen del segundo de los formulados.

Asimismo, la estimación de este recurso implica la desestimación del presentado por D<sup>a</sup> Julia.

QUINTO.- La estimación del recurso de casación produce la anulación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Donostia San Sebastián, sección 3<sup>a</sup>, de 28 de septiembre de 2000, así como la revocación de la sentencia del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. 5 de Donostia-San Sebastián, de 4 mayo 1999. En consecuencia, esta Sala asume la instancia y se desestima la demanda presentada por D<sup>a</sup> Julia.

Respecto a las costas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1715 LEC EDL 1881/1 no procede hacer especial declaración de las producidas en esta instancia. Al desestimarse en parte la demanda, procede imponer a la actora D<sup>a</sup> Julia las costas causadas en la primera instancia y no hacer especial pronunciamiento de las causadas en la segunda instancia, según lo dispuesto en los artículos 523.2 y 710 LEC EDL 1881/1 por las circunstancias que concurren en el presente litigio.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## FALLO

1º Ha lugar al recurso de casación instado por la representación procesal de D. Mariano contra la sentencia de la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián, de 28 de septiembre de 2000, cuyo fallo dice: "Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por Mariano frente a la sentencia dictada el 4-V-99 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de los de San Sebastian. Debemos confirmar y confirmamos dicha resolución con las siguientes precisiones:

- La participación de la actora en los bienes litigiosos asciende al 37,31% y la del demandado al 62,69%.
  - Al formular el haber que corresponde a la actora se incluirá el valor de la casa de Gallipienzo.
  - No se hace especial imposición de costas en la primera instancia. Todo ello sin hacer especial mención de costas en esta apelación".
- 2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º Se revoca la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> instancia núm. 5 de los de Donostia-San Sebastián, de 4 de mayo de 1999, cuyo fallo dice: "Que estimando la demanda formulada por la representación procesal de D<sup>a</sup> Julia contra D. Mariano sobre reconocimiento de comunidad de bienes, debo declarar y declaro la existencia de una Comunidad de Bienes entre las partes, conformada por el negocio de Clínica Veterinaria denominado "M.", que comprende además del local sito en Planta Baja de la Avenida de Tolosa 85 de San Sebastián, finca registral núm.. del registro de la Propiedad núm. 2 de San Sebastián y de los utensilios, aparatos, mobiliario y productos de alimentación de animales que en él se contienen, su fondo de comercio y los fondos efectivos existentes en Bancos y Cajas, así como cuantos otros bienes y derechos pudieran aparecer, cuyo nacimiento, ampliación o desdoblamiento tenga su existencia y origen desde el momento en que la pareja de hecho inició su vida en común (año 1978), hasta la fecha de hoy. La titularidad de dicho patrimonio corresponde a ambas partes por mitad, compartiendo en esa misma proporción las cargas que pudieran pesar sobre el mismo. Procédase a rectificar la inscripción registral de la finca. del Registro de la Propiedad núm. 2 de San Sebastian, en el sentido de que la propiedad de la misma pertenece pro-indiviso, por partes iguales a la actora y al demandado, persistiendo las cargas que puedan gravarla, tanto

de carácter personal como real, que deben compartirse en la misma proporción. A los efectos oportunos se librará el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad. Las costas del presente procedimiento se imponen al demandado".

4º En su lugar, procede dictar sentencia desestimando la demanda.

5º Desestimar el recurso de casación de Dª Julia, con imposición de las costas causadas.

6º Se imponen las costas de la 1ª Instancia a la actora Dª Julia.

7º No se hace especial declaración de costas de la apelación.

8º No se hace especial pronunciamiento de costas respecto de las causadas por el recurso de casación de D. Mariano.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Francisco Marín Castán.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Encarnación Roca Trías.- Rubricado.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excm. Sra. Dª Encarnación Roca Trías, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012008100249