

Revista del Foro Canario

93

Las Palmas de Gran Canaria, 1996



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario

IMPRIME: IMPRENTA PÉREZ GALDÓS, S.L.
PROFESOR LOZANO, 25 - EL CEBADAL
35008 LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPÓSITO LEGAL: G.C. 258/80

I.S.S.N.: 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo
Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano
Diputado Primero

Antonio Inglott Domínguez
Diputado Segundo

Javier Ayala Galán
Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez
Diputado Cuarto

Jaime Rubio López
Diputado Quinto

José C. Vidal Martínez
Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández
Diputado Séptimo

Noemi Fernández Álvarez
Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintes
Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido
Tesorero

Rafael Vera Cominges
Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

José Carlos Vidal Martínez

Jaime Rubio López

Joaquín Sagaseta Paradas

Luis Naranjo Sintes

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

Revista del Foro Canario

PUBLICACIÓN CUATRIMESTRAL
DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS PALMAS

TERCERA ÉPOCA

Año XXXIX

Mayo - Diciembre

1996

SUMARIO

	Págs.
<i>"Anonimias, silencios y reconocimiento legal de las uniones extramatrimoniales a propósito del artículo 16.1.B) de la Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos"</i> por don MANUEL RODRÍGUEZ GARCÍA.....	9
<i>"La evolución reciente del dominio público: su afirmación como título de potestad"</i> por don ANDRÉS GONZÁLEZ SANFIEL.....	105
<i>"La problemática del cese objetivo"</i> por don VICENTE ÁLVAREZ PEDREIRA...	139

**ANONIMIAS, SILENCIOS Y RECONOCIMIENTO
LEGAL DE LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES:
A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 16.1.B) DE LA
NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS***

MANUEL RODRÍGUEZ GARCÍA

SUMARIO

- I. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA.
- II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA FAMILIA MATRIMONIAL Y LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES.
- III. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN RÉGIMEN LEGAL DE LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES.
 - 3.1. Posibilidades legales de regulación de las uniones extramatrimoniales: De la conspiración de silencio legislativo al reconocimiento constitucional.
 - 3.2. Las uniones extramatrimoniales en el ordenamiento jurídico español.
- IV. UNIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

* Primer Premio Foro Canario, 1996, ex aequo.

- 4.1. El papel de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia.
- 4.2. Los límites de la autonomía de la voluntad: Una nueva interpretación de la causa en los contratos entre convivientes “more uxorio”.
- 4.3. El contenido de los pactos sobre las uniones extramatrimoniales.
 - 4.3.1. Los pactos matrimoniales: El problema de la disolución de las uniones extramatrimoniales.
 - 4.3.2. Los pactos personales.
- V. UNIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y DERECHO DE SUBROGACIÓN EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1964: LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 58.
 - 5.1. Naturaleza jurídica del derecho de subrogación *mortis causa*.
 - 5.2. La lucha jurisprudencial por el reconocimiento del derecho de subrogación *mortis causa*.
 - 5.3. La declaración de inconstitucionalidad del artículo 58 de la L.A.U. del 64: ¿Un supuesto de “overruling”?
- VI. LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS Y LA FAMILIA.
 - 6.1. Consideraciones generales sobre la Familia en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.
 - 6.2. La unión extramatrimonial: sus notas configuradoras.
 - 6.3. La novedad legislativa de las uniones homosexuales.
 - 6.4. La prueba de las uniones extramatrimoniales.
- VII. EL DERECHO DE SUBROGACIÓN DE LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES EN LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.
 - 7.1. Aproximación al nuevo derecho de subrogación *mortis causa*.
 - 7.2. Subrogación *mortis causa* y contrato de arrendamiento: De la titularidad formal a la “titularidad familiar”.
 - 7.3. Los beneficiarios de la subrogación *mortis causa*: Unión heterosexual y unión homosexual.
 - 7.4. La nota de convivencia: Su configuración jurisprudencial.
 - 7.5. La extensión de la subrogación *mortis causa* en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. Régimen Transitorio.
 - 7.6. Convenios sobre el derecho de subrogación *mortis causa*.
- VIII. VALORACIÓN FINAL.

I. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

Uno de los consensos que preside el constitucionalismo moderno es la configuración de la Constitución como norma jurídica, más concretamente, como “*norma normarum*”, norma suprema del ordenamiento jurídico. Atrás han quedado aquellas concepciones que postulaban que la Constitución no pasa de ser un mero catálogo de principios más o menos orientadores, desvestida de la imperatividad y de la aplicación directa propias de las normas jurídicas¹. Pero lo deslumbrante de la eficacia normativa de la Constitución no nos puede hacer olvidar la significación material de la misma, que se resumiría con una expresión clásica del constitucionalismo americano: *Derecho Supremo de la Tierra*. Y desde esta perspectiva, la Constitución dibuja un acabado sistema de valores que juega a modo de basamento de la convivencia política. Sin duda alguna, la techumbre ideológica de nuestra Carta Magna del año 78 se alcanza con la constitucionalización de los llamados valores superiores del ordenamiento jurídico: igualdad, libertad, justicia y pluralismo político (art. 1 C.E.).

Y en ese marco de valores superiores, principios constitucionales e inevitables opciones políticas que jalonan nuestra Constitución, es donde debemos ahondar para iluminar cuál es la configuración constitucional de la Familia, como institución fundamental en la vida de una sociedad, que, en uso de su soberanía nacional (art 1.2 C.E.), y en un intento de romper con la legalidad anterior, “*se constituye en un Estado social y Democrático de Derecho*” (art. 1 C.E.). La Constitución es un producto histórico pues nace de un pacto político - social determinado. Ello nos obliga a adentrarnos en la tarea de descifrar cuál fue el modelo de Familia que el constituyente plasmó en su obra, la Constitución.

A mi juicio, el edificio constitucional de la Familia se sustenta, de manera principal que no exclusiva, en dos columnas: los artículos 32 y 39 del texto constitucional.

El artículo 32 señala que “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”, estableciendo en su apartado segundo que “*la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad*

(1) Sobre el carácter normativo de la Constitución, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Ed. Civitas. Madrid, 1981.

para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”. Y el artículo 39, abriendo la rúbrica de “los principios rectores de la política social y económica”, en el Capítulo Tercero del Título I, consagra lo siguiente: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, así mismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

La interpretación conjunta de ambos artículos nos conduce directamente a la médula del presente apartado: ¿la Constitución protege única y exclusivamente a la familia basada en el vínculo matrimonial o, por el contrario, también ampara a las uniones extramatrimoniales? Según sea la respuesta a ese interrogante, se podrá hablar de un modelo o de modelos de Familia.

El artículo 32 de la Constitución proclama el derecho a contraer matrimonio y además en un plano de igualdad jurídica. Tal derecho “*constituye una exigencia o postulado de la dignidad humana y, en cuanto tal, uno de los derechos civiles fundamentales de la persona humana. Como todos los de su rango y cualidad, es un derecho universal, irrenunciable, perpetuo y erga omnes. En realidad, desde una perspectiva puramente civil, que es la que nos interesa ahora, se trata de un derecho más orientado a la constitución de una familia que a la procreación*”⁽²⁾.

La consagración del plano de igualdad a que alude el artículo 32 no es más que el reflejo del valor superior (igualdad) del artículo 1 de la Constitución, y de su correlato lógico, el artículo 14. Y con ello nuestra Constitución se sitúa en línea directa con el artículo 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966, cuando señala que “*los Estados partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en el caso de disolución del mismo*”.

(2) JAVIER GÁLVEZ: en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por GARRIDO FALLA. Ed. Civitas. Madrid, 1981, pág. 411.

El artículo 32 C.E. es heredero del artículo 27 del Anteproyecto de Constitución: “*A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia*”. De esa redacción se desprendía, por un lado, “el derecho a contraer matrimonio”, y por otro, “el derecho a crear relaciones estables de familia”, expresión ésta que estaría amparando un modelo o modelos de familia no basados exclusivamente en el matrimonio. Así lo entendió **LICINIO DE LA FUENTE**, autor de la enmienda 35: “*La redacción parece amparar por igual al matrimonio y las puras relaciones permanentes entre hombre y mujer*”. Y en esta línea de no admitir más relaciones familiares que las basadas en el matrimonio, se sitúa la enmienda 691, cuyo autor **LÓPEZ RODÓ**, propuso la siguiente redacción: “*A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio bajo el principio de equiparación y a crear y mantener mediante el mismo una familia estable*”. Dentro de esta misma dirección argumental, también se posicionó **GARCÍA GARRIDO** quien, a través de la enmienda 756, apostaba por una concepción iusnaturalista de la familia: “*La familia es la célula natural y fundamental de la sociedad. Se funda en el matrimonio monogámico y debe ser tutelada y protegida por la sociedad y por el Estado...*” Igual de rotunda era la enmienda 736 del Sr. **ORTÍ BORDÁS**: “*1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio en igualdad jurídica. 2. Se reconocen los derechos de la familia como institución natural basada en el matrimonio...*”. Frente a estas posiciones, la enmienda 125 de Minoría Catalana apostaba por romper la ecuación “familia” igual a “matrimonio”: “*1. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia y a decidir libremente los hijos que deseen tener...*”⁽³⁾.

El Informe de la Ponencia recogió las directrices de las enmiendas que excluían la construcción de una familia al margen del matrimonio dando al artículo 27 la siguiente redacción: “*A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia*”. Posteriormente, el Dictamen de la Comisión redactó el artículo 30, antes 27, en los siguientes términos: “*A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y*

(3) Para un estudio más pormenorizado de los debates parlamentarios, vid. TRABAJOS PARLAMENTARIOS. CORTES GENERALES. B.O.E.

deberes, podrán contraer matrimonio". Y esa fue la redacción aprobada definitivamente por el Pleno del Congreso.

Los debates en el Senado no presentan mayor significación en la medida que reproducen las posiciones ya constatadas en el Congreso. En todo caso, el Dictamen de la Comisión Constitucional del Senado propuso la siguiente redacción: *"El hombre y la mujer, a partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio, basado en la igualdad jurídica de los cónyuges"*. Ésta fue la redacción igualmente aprobada por el Pleno del Senado. Y de ahí a la redacción definitiva del actual artículo 32 de la Constitución.

Antes de abordar las posiciones doctrinales sobre el modelo constitucional de familia, me interesa destacar dos consideraciones sobre los debates constituyentes sobre el tema que nos ocupa. En primer lugar, la Constitución no asumió la concepción "iusnaturalista" de la Familia, lo cual es importante, y no tanto porque pueda entenderse como un rechazo deliberado a una determinada concepción sino porque con ello el constituyente dejó sin definir el propio concepto de Familia. En segundo lugar, lo que originariamente eran dos derechos, esto es, *"el derecho a contraer matrimonio"* y *"el derecho a crear y mantener relaciones estables de familia"*, se convirtió, finalmente, en la consagración de un único derecho: el *ius connubii*.

El problema de fondo, al abordar la configuración constitucional de la Familia, es determinar si la consagración del derecho a contraer matrimonio del artículo 32 circunda la protección de que habla el artículo 39 de la Constitución a la Familia matrimonial o, por el contrario, también caen bajo el manto protector de nuestra Carta Magna las llamadas uniones extramatrimoniales. El debate en ocasiones se vuelve tenso pues los autores suelen volcar toda su posición ideológica y moral al construir su postura doctrinal. Acaso, inevitablemente. Por eso, en la cuestión que nos ocupa, hay tantas posiciones como autores. Entiendo que la misma se ha de afrontar sin más apasionamiento que el jurídico. En ese intento de circunscribir el debate a un perímetro eminentemente jurídico he considerado oportuno recordar el *"iter"* de la construcción constitucional de los artículos 32 y 39 de la Constitución en cuanto que en sí mismo tiene la suficiente autoridad para imponerse por encima de cualquier posición ideológica y moral, y, obviamente, porque revela una opción jurídica sobre la familia. Ni más ni menos que la del Constituyente.

Para algunos tratadistas, no hay más significación constitucional que la reconocida a la familia matrimonial. La consagración del matrimonio como un

derecho así lo confirma. Es la posición doctrinal de autores como **GARRIDO DE PALMA** quien afirma que *“sin duda, la familia reconocida institucionalmente y a la que la Constitución se refiere, para afirmar la necesidad de su protección, es la originada por el matrimonio; no hay constitucionalización de la familia de hecho o familia natural, equiparada jurídicamente a la matrimonial”*⁽⁴⁾. La fundamentación de esta posición entronca con la configuración del matrimonio *“como derecho fundamental de la persona (art. 32), como algo, por tanto, bueno, deseable y protegido (lo está por el recurso de amparo por de pronto)”*⁽⁵⁾. Para **GARRIDO DE PALMA**, si las uniones extramatrimoniales estuvieran comprendidas en el término familia del artículo 39.1, la expresión “asimismo”, incluida en el apartado segundo de ese artículo, no tendría sentido, pues ya estaría recogida en el apartado primero del citado artículo. Y en apoyo de su tesis invoca la **Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Julio de 1986** cuando establece que *“el matrimonio está concebido como modo único y constitutivo de la sociedad conyugal y a la vez y por ello, como base fundamental de la familia y modo normal de constitución de la misma”*.

LACRUZ BERDEJO, tras asumir los profundos cambios de la sociedad a la hora de configurar las relaciones entre el hombre y la mujer, reconoce que *“resultaría irreal aferrarse a patrones que, si bien son válidos en el terreno moral... no alcanzan un papel social suficiente como para mantenerlos en su posición legal de monopolio”*. En consecuencia, el citado autor reconoce que *“la Constitución, al ordenar la protección jurídica de la familia, de una parte viene a comprender en esa tutela a las uniones de hecho suprimiendo cualquier nota jurídica censoria que, por la mera circunstancia de la unión, pudiera gravarlas”*. El centro de gravedad del debate lo sitúa este autor en la extensión e intensidad de la protección del artículo 39 a las diversas familias o modelos de familia, pues tal protección no es uniforme: *“La respuesta negativa, es decir, que no todas las familias son iguales, o al menos unas son más iguales que otras, se deduce, inicialmente, del hecho de que el artículo 32 de la propia Constitución reconozca al matrimonio como algo distinto de un pacto privado: algo que tiene una forma tasada que produce para los contratantes unos derechos y deberes establecidos por el Estado, y que no pueden relajarse o disolverse sino cuando se dan unas causas de separación o disolución igualmente tasadas. Por supuesto, conforme al artículo 39.2, los hijos son iguales*

(4) “El Derecho de Familia en el final del siglo XX”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. N° 1. Julio, 1987, pág. 19.

(5) *Op. cit.*, pág. 20.

ante la ley, procedan o no de parejas unidas en matrimonio, y se conozca o no al padre, pero el que no haya dicho lo mismo el párrafo antecedente permite colegir que las familias no son todas idénticas, y que la relación familiar puede tener adicionalmente aspectos distintos de la paternofilial”⁽⁶⁾.

Frente a esta concepción, se alza una corriente doctrinal que entiende que la Constitución protege y ampara no un modelo, sino modelos de familia, entre ellos, por supuesto, las uniones extramatrimoniales.

Para estos autores, de la constitucionalización del “*ius connubii*” en el artículo 32 C.E., no se desprende una prohibición de las uniones extramatrimoniales. Tampoco un trato discriminatorio en el sentido de más oneroso o gravoso respecto al dispensado a la familia matrimonial.

Avalan esta interpretación los antecedentes parlamentarios del actual artículo 39 de la Constitución, cuando señalaban que “los padres tienen para con los hijos habidos fuera de matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él, *sin perjuicio del respeto a la institución familiar*”⁽⁷⁾, expresión esta última que al ser suprimida en la redacción definitiva va a posibilitar una ampliación de la significación del término familia, la cual “*existirá donde quiera que exista un previo vínculo conyugal o de filiación, aun cuando éste no tenga relación con el estado matrimonial o tenga su origen en un hecho ilícito. El grupo así constituido ha de estimarse como familia a todos los efectos, incluido como es obvio el de la protección*”⁽⁸⁾. En definitiva, se invoca la igualdad de la *filiación matrimonial* y *no matrimonial* como fundamento de la pluralidad de modelos de familia, más allá del vínculo conyugal.

Otra línea argumental de estos autores es la no consagración de la concepción *iusnaturalista* de la Familia, como así se pretendió a través de diversas enmiendas, ya expuestas anteriormente, acaso inspiradas en el Derecho comparado, y más concretamente, en el artículo 29 de la Constitución Italiana, donde se configura a la familia “*como sociedad natural fundada en el matrimonio. El matrimonio se funda en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, dentro de los límites establecidos por la Ley como garantía de la unidad familiar*”. Para este sector doctrinal, la Constitución ha apostado por un concepto abierto de familia, moldeable según las corrientes cultu-

(6) *Derecho de Familia*. Ed. Bosch. Barcelona. 1984, pág. 43.

(7) Artículo 34 del Anteproyecto Constitucional. B.O.C. de 5 de Enero de 1978.

(8) JAVIER GÁLVEZ: *op. cit.*, pág. 478.

rales dominantes en cada momento en la sociedad española. En este sentido, son expresivas las palabras de **GÁLVEZ** cuando señala que *“la Constitución presenta una fórmula que resulta ser lo suficientemente amplia para comprender cualquier género de transformación que pueda experimentar esa realidad social que es la familia”*. Y concluye: *“la Constitución española no pretende conformar dicha institución, sino formalizar la cambiante realidad social de la familia”*⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾.

El reconocimiento de la protección constitucional de las uniones extramatrimoniales ha ido unido a una revisión del papel de la familia como grupo. Para esta corriente doctrinal, la familia es un escenario de convivencia donde se desarrolla la personalidad de los individuos que la integran. Al respecto, el artículo 10.1 de la Constitución establece que *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*. La familia se configura así en un instrumento privilegiado para hacer efectivo el desarrollo de la libre personalidad de los individuos que la integran. Sólo en la medida en que cumpla esa finalidad merece la protección constitucional. Y, como tal finalidad se puede cumplir tanto en el ámbito de la familia matrimonial como dentro de la unión extramatrimonial, se ha de concluir en la protección constitucional de la *“convivencia more uxorio”*.

Y si la moneda constitucional del artículo 32 tiene un anverso —derecho a contraer matrimonio— la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 de la Constitución) imponen el reverso de la libertad/derecho a no contraer matrimonio.

Llegados a este punto, desde esta posición, sería inadmisibile la ausencia de protección constitucional a la familia extramatrimonial, lo cual chocaría con el artículo 9.2 de la Constitución: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...”*. Como dice **FOSAR BENLLOCH** *“creo que es más conforme con la dignidad humana calcar la protección de la familia incompleta no matrimonial en la de la matrimonial —art. 10.1—: es más conforme con el carácter corrector de*

(9) *Op. cit.*, pág. 477.

(10) Adviértase que nuestra Constitución sólo habla de “familia”, sin distinguir, como hace la italiana de 1947, entre “familia legítima” y “familia natural”.

desigualdades sociales del Estado Social y Democrático de Derecho —art. 1.1— esta equiparación que el mantenimiento de la desprotección jurídica y económica a la que le somete el supuesto monopolio constitucional de la familia legítima; es contrario a la cláusula democrática o de cambio social mantener esta disparidad de protecciones o articular una protección de segunda clase para la familia no conyugal —art. 9.2—; es contrario a la igualdad de todos ante la Ley mantener una disparidad de tratamientos jurídicos y económicos de los miembros de la familia conyugal y de la familia no conyugal. Proteger a la familia conyugal y no a la familia incompleta del mismo modo, contraría el sentido e incluso el tenor literal de todos estos fundamentales preceptos constitucionales”^{(11) (12)}.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA FAMILIA MATRIMONIAL Y LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES

En el apartado anterior, a la luz de los preceptos constitucionales relativos a la Familia, planteábamos una serie de cuestiones sobre las que se han decantado, en un esfuerzo globalizador por nuestra parte, dos grandes corrientes doctrinales, sin perjuicio de que dentro de cada una existan poderosas y sugestivas matizaciones.

Un paso más en la tarea de clarificar el dibujo constitucional de la Familia nos obliga trasladar el eco del debate doctrinal a la autoridad del Tribunal Constitucional en cuanto intérprete supremo de la Constitución. Como dice **GARCÍA DE ENTERRÍA**, el Tribunal Constitucional “es un *verdadero comisionado del poder constituyente* para el sostenimiento de su obra, la

(11) *Estudios de Derecho de Familia*. Tomo I. Pág. 180.

(12) Este planteamiento ha sido criticado por **LACRUZ BERDEJO** quien afirma que “*toda esta argumentación se destina a equiparar la familia legítima con la de hecho y, en definitiva, a difuminar lo que hay en aquélla de estructura jurídica, de acervo objetivo de derechos y deberes, al establecer como principio y fundamento de una entidad que sólo puede subsistir al amparo de la entrega de sus miembros a un programa tan egoísta como es el libre desarrollo de la personalidad... propia*” sentenciando que “*este primado del libre desarrollo puede llegar a ser un disolvente de vínculos y responsabilidades, sobre todo si quien juzga de él...es el mismo sujeto cuya individualidad está llamada por el art. 10 de nuestra Constitución a desarrollarse libremente*”. *Op. cit.*, págs. 49 y 50.

Constitución”⁽¹³⁾. En definitiva, y en expresión de **LUCAS VERDÚ**, la “*autoconciencia*” de la Constitución.

Como pórtico a las cuestiones que vamos aquí a exponer, se hace necesario afirmar que, sin ningún tipo de reservas, la familia, sin entrar ahora en su calificación como matrimonial o extramatrimonial, es un valor protegible y efectivamente protegido. Interesa dejar bien sentado lo dicho, pues la diferente ubicación sistemática que tiene en nuestra Constitución el derecho a contraer matrimonio y la institución de la familia pudiera echar sombras sobre la protección de aquélla: sólo el derecho a contraer matrimonio participa de la tutela del recurso de amparo, de conformidad con los artículos 53.2 de la Constitución y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Por el contrario, la familia, y su protección, se traduce en un “principio rector de la política económica y social”⁽¹⁴⁾, cuya virtualidad constitucional se enuncia en el artículo 53.3 de nuestra Carta Magna: “*El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”.

Sin poder detenernos en la eficacia normativa de tales principios rectores⁽¹⁵⁾, el propio Tribunal Constitucional ha rechazado su configuración como

-
- (13) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Ed. Civitas. Madrid, 1981. En este mismo sentido, Tribunal Constitucional, en la Sentencia 76/1983, de 5 de Agosto, (Asunto L.O.A.P.A.), señala que “*es cierto que todo proceso de desarrollo normativo de la Constitución implica siempre una interpretación de los correspondientes preceptos constitucionales, realizada por quien dicta la norma de desarrollo. Pero el legislador ordinario no puede dictar normas meramente interpretativas cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que debe atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa, de hecho, la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en el mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos*” (F.J.4.). Y así, cuando se dicta una norma interpretativa, “*el legislador se coloca indebidamente en el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional*” (F.J. 7.). Una crítica a la doctrina de esta Sentencia, puede verse en **S. MUÑOZ MACHADO**, “La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 9. Ed. Civitas.
- (14) Como escribe **M. HERRERO DE MIÑÓN**, “sobre el art. 53.3 de la Constitución operó el corrector “birmano” que consistía en convertir estos derechos de crédito del ciudadano frente al Estado en principios rectores, entendidos como una serie de objetivos económicos, políticos y sociales que la demagogia obliga enunciar”. “Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional”. *Revista de Estudios Políticos*, N° 9. 1979, pág. 93.
- (15) Vid por todos, **E. COBREROS**, “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”. *Revista Vasca de Administración Pública*. N° 19.

normas sin contenido a la vez que los proclama como *criterios de interpretación* tanto de las restantes normas constitucionales como de las Leyes⁽¹⁶⁾. En esta línea, el mandato del constituyente a los poderes públicos de proteger a la familia, se convierte en un auténtico *parámetro de constitucionalidad*, en Sentencias como la de 14 de Octubre de 1991, donde se resolvía un recurso de amparo, por presunta infracción del principio de igualdad, con ocasión de la adjudicación por la Administración Pública de una plaza vacante por razón del llamado “derecho de consorte”⁽¹⁷⁾. Pues bien, en la citada Sentencia, el Tribunal Constitucional señala que “*la desigualdad que en orden a la provisión de vacantes mediante concurso introduce la norma cuestionada se apoya, en efecto, en un derecho específico que encuentra plena justificación y razonabilidad desde la consideración de otros bienes jurídicos, como es la familia, cuya protección social, económica y jurídica debe ser asegurada por los poderes públicos (art. 39.1. C.E.), lo que, entre otras manifestaciones, comporta el que éstos favorezcan, eliminando trabas, el cumplimiento del deber de convivencia al que se refiere el art. 68 del Código Civil*” (F.J.4.)⁽¹⁸⁾.

Así pues, atravesado ese pórtico, que ha jugado a modo de “excursus” sobre las posibilidades de aplicación del artículo 39 de la C.E., la primera cuestión que debemos abordar es el concepto de familia. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la **Sentencia 45/1989, de 20 de febrero**, señala que “*sea cual fuere, en efecto, el concepto constitucionalmente adecuado de familia, no es dis-*

(16) Vid STC 19/1982, de 5 de Mayo, F.J. 6.

(17) La recurrente en amparo, soltera, entendía que la aplicación que la Administración Pública hacía del art. 114.3 del Estatuto de Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social atentaba al principio de igualdad del art. 14 de la C.E., al discriminar a los solteros frente a los casados. La dicción del citado artículo era la siguiente: “*El personal sujeto a este Estatuto tendrá derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo igual o similar al que venga desempeñando, si existiera plaza vacante en la localidad en que resida su cónyuge*”.

(18) STC 14 de Octubre de 1991. Recurso de Amparo N° 545/1989. Ponente: Don **A. RODRÍGUEZ BEREJO**. *Repertorio Aranzadi* 192/1991. Págs. 88 y ss. En idéntico sentido, STC/200, de 28 de Octubre. Recurso de Amparo N° 411/1989. Ponente: Don **J. GABALDÓN LÓPEZ**. Págs. 216 y ss.

(17) La recurrente en amparo, soltera, entendía que la aplicación que la Administración Pública hacía del art. 114.3 del Estatuto de Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social atentaba al principio de igualdad del art. 14 de la C.E., al discriminar a los solteros frente a los casados. La dicción del citado artículo era la siguiente: “*El personal sujeto a este Estatuto tendrá derecho preferente a ocupar un puesto de trabajo igual o similar al que venga desempeñando, si existiera plaza vacante en la localidad en que resida su cónyuge*”.

(18) STC 14 de Octubre de 1991. Recurso de Amparo N° 545/1989. Ponente: Don **A. RODRÍGUEZ BEREJO**. *Repertorio Aranzadi* 192/1991. Págs. 88 y ss. En idéntico sentido, STC/200, de 28 de Octubre. Recurso de Amparo N° 411/1989. Ponente: Don **J. GABALDÓN LÓPEZ**. Págs. 216 y ss.

cutible que tal concepto incluya sin duda la familia que se origina en el matrimonio, que es, en todo caso, la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas en 1948 (art. 16.1) como los Tratados sobre Derechos Fundamentales suscritos por España (así el Convenio de Roma —art. 12—, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —art. 10.1—. El régimen del matrimonio está deferido por la Constitución a la ley, con la importante precisión de que ésta ha de asegurar, en todo caso, la plena igualdad jurídica de los cónyuges, un mandato éste del que se deduce naturalmente la necesidad de que el legislador, teniendo siempre en cuenta la realidad objeto de regulación, no condicione o determine la situación de los cónyuges de manera que ésta no sea efectivamente igual en el ejercicio de los derechos, por ejemplo, y por la inmediata relación que guarda con el tema que ahora nos ocupa, en el ejercicio del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio” (F. J. 4)⁽¹⁹⁾.

Del fundamento transcrito sólo se puede deducir que para el Tribunal Constitucional es *indudable* que la Constitución recoge y ampara la familia matrimonial, sin que ello permita deducir, a riesgo de equivocarnos, que el constituyente “exilió” a las uniones extramatrimoniales de la Constitución. En la propia jurisprudencia constitucional encontramos argumentos que alientan la relevancia constitucional de las uniones extramatrimoniales.

Así uno de los fundamentos más sobresalientes de los postuladores del reconocimiento constitucional a las uniones extramatrimoniales reside en la concepción de la familia como grupo *instrumentalmente* orientado a la realización de la dignidad personal y del libre desarrollo de la personalidad de los individuos que la integran (art. 10.1. C.E.), de lo que se colige inmediatamente, que todo conflicto entre los derechos fundamentales de los miembros de la familia y ésta misma, como grupo social, debe reconducirse en favor de la tutela de los derechos de los primeros: la familia, como grupo, carece de personalidad jurídica. Ni se interpone ni se superpone a los individuos que la integran y a sus derechos e intereses legítimos. La protección de la familia se justifica en la medida en que garantiza el interés de los individuos que la conforman. Acaso ese planteamiento, duramente criticado por su individualismo⁽²⁰⁾, viene corroborado en la citada **Sentencia**

(19) STC de 20 de febrero de 1989, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad N° 1.837/1988, promovida sobre determinados artículos de la Ley 44/1978 de 8 de Septiembre, sobre declaración conjunta en el I.R.P.F. Ponente: Don **F. RUBIO LLORENTE**. *Repertorio Aranzadi* N° 45/89. Págs. 496 y ss.

(20) Vid. la crítica de **LACRUZ BERDEJO** en nota 12 de este trabajo.

45/1989, cuando señala que “en el fondo de esta comparación entre familias parece estar latente, en efecto, la idea de que el sujeto pasivo del impuesto no es el individuo, sino la familia, o, dicho de otro modo, que se trata de un “impuesto de grupo”; sólo a partir de tal idea puede aceptarse como pertinente la comparación entre distintas familias para apreciar la existencia de desigualdades... Esta “tributación por grupo” a la que el sistema de acumulación pura parece responder efectivamente no cuadra, sin embargo, ni con los propios presupuestos de los que arranca la Ley 44/1978, para la cual, como antes destacamos, el único sujeto pasivo posible de un impuesto sobre la renta de las personas físicas es la persona misma, el individuo (una proclamación formal que encubre una realidad bien distinta), ni con las exigencias que se derivan de nuestra Constitución. No sólo con las que se derivan de los principios de igualdad y capacidad económica, referibles sólo a las personas físicas o jurídicas, sino también con los que se deducen del concepto de familia y matrimonio que alienta en los artículos 39 y 32 y que es incompatible con una concepción de grupo en la que sólo es “sui iuris” la cabeza y “alieni iuris” todo el resto de sus integrantes, siquiera sea únicamente a efectos fiscales” (F.J.7.). Y en la medida en que la familia, o más concretamente, la tributación conjunta, puede ser un óbice para el ejercicio de los derechos fundamentales de los miembros de la familia, deben prevalecer aquéllos, inclusive, frente a un pretendido interés familiar: “La sujeción conjunta al impuesto de los miembros de la unidad familiar no puede transformar el impuesto sobre las personas físicas en un impuesto de grupo porque esta transformación infringe el derecho fundamental de cada uno de sus miembros, como sujetos pasivos del impuesto a contribuir, de acuerdo con su capacidad económica, en la misma cuantía en que habría de hacerlo si, manteniendo esa misma capacidad, tributasen separadamente” (F.J.7)⁽²¹⁾.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, en un verdadero ejercicio de introspección sobre su propia doctrina jurisprudencial, matiza el planteamiento de la Sentencia 45/89, cuando en la importantísima **Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre**, señala que “ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el artículo 39.1 de la Constitución hubiera de entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio. **No es así, sin embargo. Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no**

(21) STC 45/89, cit.

sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma Fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad “plural”, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los aps. 2 y 3 del mismo artículo” (F.J.5) ⁽²²⁾.

La segunda cuestión, una vez constatada la significación constitucional de las uniones extramatrimoniales, se endereza a escudriñar cuál es la extensión de ese reconocimiento. Sabemos que tales uniones han sido dibujadas y plasmadas en la Carta Magna en clave de protección (art. 39.1). Pero nos falta saber cómo han sido dibujadas, cuál ha sido el grueso del lápiz utilizado, particularmente, en comparación con el usado en el esbozo de la familia matrimonial.

Al respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional ha sido contundente a la hora de discriminar entre matrimonio y *convivencia more uxorio*. Esa separación entre ambas situaciones, una jurídica, y otra de hecho, la justifica el Alto Tribunal en que **“el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida...”** ⁽²³⁾. Esta doctrina es una constante en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, la **Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre**: *“Es claro que en la Constitución Española el matrimonio y la*

(22) STC 11 de Diciembre de 1992, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad N° 1.797/1990, declarando la inconstitucionalidad del art. 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, por excluir el beneficio de la *subrogación mortis causa* al conviviente *more uxorio*. Ponente: Don Vicente **GIMENO SENDRA, R.A.** 222/1992, págs. 1.016 y ss.

(23) Auto N° 156/1987, de 17 de Febrero. Puede consultarse en *Tribunal Constitucional. Autos. 1981-1987*. Cortes Generales, págs. 74 y 75. En el mismo sentido, ATC 788/1987; ATC 1.021/1988; ATC 1.022/1988.

convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer de contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32). Nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera ope legis en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia”⁽²⁴⁾.

Esta posición del Tribunal Constitucional viene contestada en la antedicha Sentencia por el voto particular del Magistrado **GIMENO SENDRA** quien admite que “*ciertamente el derecho a contraer matrimonio es un derecho expresamente reconocido en la Constitución (art. 31.1), pero de esa declaración no se infiere, en mi opinión, que la Constitución no reconozca “un pretendido derecho a formar una unión de hecho”, ni que la familia no matrimonial permanezca, a nivel constitucional, desprotegida. Para alcanzar esta conclusión se haría preciso identificar el concepto “familia” del art. 39.1 con el de familia matrimonial (o lo que es lo mismo, proyectar el art. 32.1 sobre el 39.1); pero esta identificación, no sólo se cohonestaría con la protección de los hijos ilegítimos o de las madres solteras que el párrafo segundo del mismo precepto también declara, sino tampoco la impone la redacción de la norma constitucional que utiliza simplemente el término “familia” (y no el de familia fundada en el matrimonio) y tan familia es la unión de dos cónyuges que, en su día, suscribieron el correspondiente convenio de matrimonio, como la unión afectiva y estable de una pareja...*”. Y tras apelar a los Convenios Internacionales en la materia y a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, **GIMENO SENDRA** concluye que “*también nuestra Constitución protege, no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural, por lo que, junto a la familia matrimo-*

(24) STC de 15 de Noviembre de 1990, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad Nº 1.419/1988, sobre denegación de pensión de viudedad en el ámbito de las uniones de hecho. Ponente: Don **J. LEGUINA VILLA**. R.A. 184/1990. Págs. 434 y ss. En el mismo sentido, vid. las SSTC de 14 de Febrero de 1991 (Recursos de Amparo Nºs 1.093/1987 y 1.607/1987). Ponente: Don **F. TOMÁS Y VALIENTE**. R.A. 30/1991 y 31/1991, págs. 334 y ss. y 346 y ss., respectivamente.

nial, también han de merecer protección constitucional las denominadas “uniones conyugales de hecho”⁽²⁵⁾. En línea directa con este voto particular, habría que traer a colación la “justificación” que el propio Tribunal ofrece en la **Sentencia 222/1992, de 11 de Diciembre**, cuando reconoce que **“del propio art. 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales, diferenciación que tampoco fue afirmada por nuestra STC 184/1990, en la que no fue preciso pronunciarse acerca de si “la protección económica y Jurídica de la familia” a la que aquel precepto se refiere podría alcanzar, en principio, tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio” (F.J.5.)**⁽²⁶⁾.

El tercer aspecto que quiero destacar de la doctrina constitucional arranca de esa premisa básica sentada por el mismo Tribunal: matrimonio y convivencia *more uxorio* no son realidades equivalentes. La consecuencia se hace obvia: la protección de que habla el art. 39.1 de la Constitución puede amparar y justificar diferente tratamiento legislativo para una u otra situación.

Aún más. Entiendo que una hipotética uniformidad legislativa de matrimonio y unión extramatrimonial atentaría a la libertad personal e ideológica (art. 16.1 C.E.) de los convivientes *more uxorio* que han optado por construir su modelo familiar al margen de las normas reguladoras del instituto jurídico del matrimonio, y por tanto, excluyendo el cuadro de derechos y deberes que actúan y vivifican la relación matrimonial.

Así, en la **Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre**, en relación a la “protección jurídica, económica y social de la familia” de que habla el artículo 39.1 del texto constitucional, se dice que **“dicho precepto no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1. de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1. de la Constitución, siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y mujer que decidan convivir *more uxorio*” (F.J.2).**

(25) STC 184/1990, cit., pág. 448.

(26) Indicar, para comprender el fundamento jurídico citado, que el Ponente de la STC 222/1992, fue el Magistrado **GIMENO SENDRA**.

A mi juicio, el artículo 39.1 C.E. permite diferentes intensidades en la protección (legislativa) a los diversos modelos de familias constitucionalmente admitidos, que, inevitablemente, se proyectarán en diferentes tratamientos jurídicos para el matrimonio y para las uniones extramatrimoniales. El debate, según mi criterio, no está tanto en el diferente tratamiento legislativo de ambas situaciones como en los límites a esa discriminación entre matrimonio y unión extramatrimonial.

Y no toda discriminación es inconstitucional. Tal adjetivación sólo podría aplicarse de aquellas discriminaciones arbitrarias y caprichosas. Así se deduce de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 14 C.E., la cual se podría resumir invocando el aforismo, vestigio de la cláusula Estado (Liberal) de Derecho, de *“tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales”*⁽²⁷⁾.

En tales supuestos, el parámetro para aquilatar la constitucionalidad o no de un diferente tratamiento legal del matrimonio y de la unión extramatrimonial, no es, precisamente, el artículo 39.1, sino el valor superior de igualdad (I.C.E.) y, más concretamente, el artículo 14 de la Constitución, cuando consagra el principio de igualdad sin que quepa discriminación por razón de ninguna *“circunstancia social”*. En esta línea, el Tribunal Constitucional, en la **Sentencia 184/1990, de 15 de Noviembre**, recalca que *“toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14”*. (F.J.2.).

En definitiva, la tarea más estimulante del legislador ordinario será extender, con la mayor generosidad posible, la protección constitucional del artículo 39.1 a otros modelos familiares como el de las uniones extramatri-

(27) En este sentido, ATC 326/1982, de 27 de Octubre: “El artículo 14 de la CE al establecer el principio de igualdad concede un derecho subjetivo a obtener un mismo trato todos los ciudadanos, imponiendo su respeto y vinculación a los poderes públicos, legislativos, ejecutivo y judicial, y prohibiendo cualquier género de discriminación por razón de las circunstancias sociales. *Por lo que esta igualdad jurídica o igualdad en la ley y en su aplicación, exige que cuando los supuestos de hecho son iguales, las consecuencias jurídicas aplicadas tengan que ser idénticas, pero si existen elementos diferenciadores de hechos que estén justificados, la desigualdad de tratamiento en el ejercicio de los derechos y libertades es permitida, siempre que sea fundada y razonable...*”. Puede consultarse en *Tribunal Constitucional. Autos 1981-1987*. Cortes Generales. Madrid. 1989, pág. 14. En la misma línea, vid. SSTC 2 de Julio y de 14 de Julio de 1981; ATC 81/83, de 23 de Febrero; ATC 233/83, de 25 de Mayo, etc.

moniales. No hay óbices constitucionales para ello: “...*Es cierto también que el legislador podría extender a las uniones de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad. Extensión que en modo alguno resulta vedada por el artículo 14 ni encontraría obstáculos en los artículos 32 y 39... La opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a la pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible por lo que es legítimo propugnar que la actual pensión de viudedad se extienda por el legislador a las uniones estables de hecho... Pero, el hecho de que en la actualidad no lo haya hecho así no lesiona en sí mismo el art. 14 CE ni tampoco en su conexión con el artículo 38.1 del propio texto constitucional*”. Dicho de otro modo y en palabras del Alto Tribunal: “*Pero que dicha extensión sea constitucionalmente admisible no implica que la opción contraria y en la actualidad vigente no lo sea*”⁽²⁸⁾.

III. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN RÉGIMEN LEGAL DE LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES

3.1. Posibilidades legales de regulación de las uniones extramatrimoniales: De la conspiración de silencio legislativo al reconocimiento constitucional.

La unión extramatrimonial, como modelo de familia, constituye un fenómeno social que debe ser aprehendido por el Derecho. No obstante, el camino de la incorporación de tales uniones al ordenamiento jurídico ha estado erizado de obstáculos.

Algunos autores apostaron por una “*conspiración de silencio legislativo*”, es decir, ignorar la realidad sociológica de la convivencia *more uxorio*. Otros van más allá del mero silencio y postulan una “*política de combate*” que pasa, por un lado, por prohibir tales uniones, y, por otro, evitar que, amparándose en las normas jurídicas, aquéllas se perpetúen.

En este marco de *anonimia* de las uniones extramatrimoniales, **GARRIDO DE PALMA** y **REGOJO OTERO**, tras admitir que “*el estudio de la unión libre, no matrimonial, no puede dejar de hacerse por el Derecho*”,

(28) STC 184/1990, de 15 de Noviembre. F.J. 3, págs. 443 y 444.

entienden que “*proteger el matrimonio es hacerlo a quienes libre y voluntariamente han ido a él con todas sus consecuencias; considerar “cuasimatrimonio” a los que a aquél dan la espalda —por muchas razones que aleguen y se aleguen— supone evidente injusticia. Y es que —como expuso **RODIERE**— si el primer enemigo del matrimonio es el divorcio que lo destruye, el segundo es la unión libre que lo suplanta*”⁽²⁹⁾. En otro trabajo sobre la cuestión, **GARRIDO DE PALMA** afirma que “*el concubinato... no debe con la ley delante, pretender su institucionalización... Y es que el derecho —como ha señalado **GITRAMA GONZÁLEZ**— no puede ir a remolque de la realidad social, pues tiene también, como indeclinable misión, la de conformar la sociedad con arreglo a los ideales de la justicia; no puede, en suma, ante las imperfecciones humanas, abdicar de su carácter configurador del mundo del deber ser*”⁽³⁰⁾. El paroxismo de estas posturas se podría resumir en la calificación de estas uniones como “antijurídicas”, hoy insostenible⁽³¹⁾.

Frente a estas dos tendencias, se alza una tercera, descrita como “una dirección sociológica, en apariencia, objetiva y neutral, que parece confiar a la mera observación de los hechos sociales, la obtención de una norma de conducta”⁽³²⁾. La ley, en definitiva, no puede ignorar las nuevas realidades sociales: debe “asumirlas” y favorecer su cambio. Sin lugar a dudas, ésta es la conducta a seguir por el legislador español. La protección constitucional de la familia que se proclama en el artículo 39 no admite esas estrategias de silencio, y mucho menos, de combate: “*El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero **informarán** la legislación positiva...*” (art. 53.3 C.E.).

Y en la ordenación normativa de las uniones extramatrimoniales la técnica legislativa se desdobra, bien en una regulación orgánica, bien por sectores, esto es, de modo fragmentario.

Una regulación orgánica llevaría, por mor del mimetismo jurídico, a crear un régimen jurídico igual al del matrimonio, convirtiéndose, en el fondo, las uniones extramatrimoniales en un “*falso matrimonio*” o en un

(29) **GARRIDO DE PALMA** y **A. REGOJO OTERO**: “La Familia no matrimonial (Estudio sobre el concubinato)”. *R.L.G.J.* N° 5. Noviembre, 1986, págs. 624 y 625.

(30) **GARRIDO DE PALMA**: “El Derecho de Familia en el final del siglo XX”. *R.G.L.J.* N° 1. Julio, 1987, pág. 27.

(31) En este sentido, **MORENO MONCHOLI**: “El concubinato”. *Anuario de Derecho Civil*. 1954.

(32) **GARCÍA CANTERO**: *El concubinato en el Derecho Civil Francés*. C.S.I.C. Roma, 1961, pág. 79.

“matrimonio de segunda clase”. Y como ya apuntamos en páginas anteriores, un régimen idéntico al del matrimonio no deja de ser una imposición legislativa de un régimen jurídico que los convivientes, en uso de su libertad, han decidido excluir al no someterse a la solemnidad del matrimonio.

Por otro lado, no puede perderse de vista que asistimos a una situación de hecho⁽³³⁾. En la medida que se articule un régimen general, paralelamente, lo que es una realidad social se convertiría ahora en una institución jurídica.

En esas objeciones se encuentra una posición favorable a una regulación parcial, esto es, atendiendo a aquellos sectores de la convivencia *more uxorio* necesitados de una regulación, con plena adaptación a las peculiaridades de ese modelo de familia. Podría objetarse que una regulación fragmentaria podría conllevar eventuales contradicciones motivadas por carecer de un criterio cohesionador. Mi respuesta es negativa pues la tarea legislativa no tendría más dogma que la eliminación, por elementales exigencias constitucionales, de toda discriminación arbitraria entre matrimonio y unión extramatrimonial. Además, esa regulación parcial o fragmentaria ofrece mayores resortes técnicos para mantener esa separación entre matrimonio y unión extramatrimonial, en cuanto situaciones no equivalentes, como tiene declarado el Tribunal Constitucional.

3.2. Las uniones extramatrimoniales en el ordenamiento jurídico español⁽³⁴⁾.

Sin una pretensión agotadora, vamos a exponer el reconocimiento que las uniones extramatrimoniales han tenido en el ordenamiento jurídico, lo cual no es más que la consecuencia lógica de la protección dispensada por la Constitución en su artículo 39.1⁽³⁵⁾.

Como no podía ser menos, tras la proclamación del principio de igualdad que se hace en el art. 39.2 C.E. (*“la protección de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que*

(33) Algunos autores y numerosas sentencias del Tribunal Constitucional utilizan la terminología de “unión de hecho”.

(34) Voy a trascender de las normas constitucionales, ya expuestas en el apartado I de este trabajo, “La configuración constitucional de la familia”.

(35) No me cabe la menor duda de que fue el hábito de los nuevos valores que ya anunciaba la futura Constitución del año 78, aún antes de su promulgación, lo que motivó el dictado de la Ley 22/1978, de 26 de mayo, de despenalización del adulterio y amancebamiento.

sea su estado civil”), el artículo 108 del Código Civil señala que “la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adopción plena, surte los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

En materia de emancipación, el juez podrá otorgarla respecto de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres, *“cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor”* (art. 320.1 del Código Civil).

En cuanto a la adopción por parte de las uniones extramatrimoniales, se admite tal posibilidad, según la redacción de la Disposición Adicional Tercera de la ley 21/1987, de 11 de Noviembre: *“Las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor, serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”.*

En el campo de la biogenética, la Ley 35/1988, de 22 de Noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, ofrece diversos artículos en los que se contempla a las uniones extramatrimoniales. Así el artículo 6.1. señala que *“toda mujer podrá ser reproductora o usuaria de las técnicas reguladas por la presente ley...”* sin distinguir, pues, si está casada o no. El artículo 8 de la antedicha ley, señala que *“se considera escrito indubitado, a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de la paternidad”.* Y en su apartado tercero, el artículo 9 permite que *“el varón no unido por vínculo matrimonial”* preste su consentimiento para que su material reproductor pueda ser utilizado, jugando su consentimiento *“como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”.*

En ocasiones, la unión extramatrimonial, en sí misma considerada, tiene consecuencias negativas, como así se deduce del artículo 101 del Código Civil: *“el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”.*

En materia sucesoria, el artículo 834 del Código Civil, al regular los derechos del cónyuge viudo, establece que *“si al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”*. Pero, por el contrario, *“cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos”* (art. 837.1. Código Civil) el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia. (Artículo 837.2. del Código Civil) ⁽³⁶⁾. Adviértase cómo la mera separación de hecho del cónyuge sobreviviente supone la pérdida de sus derechos sucesorios, de conformidad con el artículo 834 del Código Civil. Otro tanto, en materia de sucesión intestada: *“No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”*. (art. 945 del Código Civil). Y en algunas legislaciones forales, como la Catalana, la convivencia *more uxorio* es causa de pérdida de derechos sucesorios, como el *año de luto*, la *cuarta vidual* o del *usufructo vidual*.

En el ámbito procesal, la Ley Orgánica del Poder Judicial prohíbe en su artículo 391 que puedan pertenecer a una misma Sala *“Magistrados que estuvieren unidos por vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente”*. Igualmente, el artículo 219 de la citada Ley Orgánica configura como causa de abstención y de recusación, en su caso, respecto de Jueces y Magistrados, *“el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable”*. En idéntico sentido, el artículo 461 de esa misma Ley Orgánica, respecto a los Secretarios Judiciales.

La nueva Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, al afrontar las prohibiciones para ser jurado, señala que *“nadie podrá formar parte como jurado del Tribunal que conozca de una causa en la que:*

2. Mantenga, con quien sea parte, alguna de las relaciones a que se refiere el artículo 219, en sus apartados 1 al 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial que determinan el deber de abstención de los Jueces y Magistrados.

3. Tenga con el Magistrado-Presidente del Tribunal, miembro del Ministerio Fiscal o Secretario Judicial que intervenga en la causa a que se refieren

(36) El artículo 840 del Código Civil establece que *“cuando se esté en el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 837, el cónyuge podrá exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho, a elección de éstos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios”*.

los apartados 1, 2, 3, 4, 7, 8 y 11 del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento del Habeas Corpus, otorga legitimación activa para instar el correspondiente procedimiento *“al cónyuge privado de libertad y a la persona unida por análoga relación de afectividad (Art. 3.a.).*

También el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce legitimación *“para promover e interponer, en su caso, el recurso de revisión, el penado y, cuando éste haya fallecido, su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes, con objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable”.*

Entiendo que cuando la Ley General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979, señala en su artículo 52.2 que se *“informará al interno del fallecimiento o enfermedad grave de un pariente próximo o de persona íntimamente vinculada con aquél”*, dentro de esta última expresión se comprende al conviviente *more uxorio*. El artículo 53.1 de la antedicha Ley se refiere a los locales adecuados para las visitas de *“familiares o de allegados íntimos”*.

El nuevo Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, configura como causa mixta de parentesco que *“puede atenuar y agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor”*.

En materia de Extranjería, la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, extiende el asilo al cónyuge (del asilado) situando en un mismo plano *“a la persona que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia...” (art. 10).*

Respecto a los mecanismos protectores de Seguridad Social, es inevitable citar la Disposición Adicional 10.2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre la que más adelante volveré.

El Decreto Territorial 63/1989, de 25 de Abril, de adjudicación de viviendas de promoción pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, constituye un claro ejemplo normativo de reconocimiento de las uniones

extramatrimoniales. Así el artículo 6.1 consagra una reserva para composiciones familiares reducidas, que *“estará destinada a alojar situaciones de jubilados, pensionistas, personas viudas o solteras con o sin hijos, matrimonios o convivencias de hecho y situaciones similares”*. En el artículo 9 se exige, en orden a la solicitud de viviendas de promoción pública, que no haya resultado *“ninguno de los solicitantes, sus cónyuges o compañeros en las uniones de hecho, adjudicatarios, por cualquier título, de una vivienda de protección oficial de promoción pública...”*. Y la consideración más definitiva se encuentra en el artículo 10.1: *“A los efectos de esta norma, se considera que forman una unidad familiar: el solicitante, su cónyuge o la persona que con él conviva en el supuesto de uniones de hecho...”*.

Todas estas manifestaciones legales entroncan directamente con el artículo 53.3 de la Constitución cuando proclama que *“el reconocimiento, el respeto y la protección... (se refiere a los principios rectores de la política económica y social) informarán la legislación positiva...”*.

Y, además, también *“inspirarán la actuación de los poderes públicos”*. En línea directa con los planteamientos constitucionales de protección a la familia, y la unión extramatrimonial lo es, cabe citar la *Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984*, que reconoce la asistencia sanitaria a aquel que, sin ser cónyuge, vive maritalmente con el titular del derecho, así como a los hijos de aquél si conviven con ambos, exigiendo una convivencia de un año y una dependencia económica. Tal asistencia se dispensa, según la Circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social 5/1985, de 18 de febrero, a quien *“conviva con el titular del derecho y a sus expensas y acredite que la convivencia ha tenido lugar de forma ininterrumpida, como mínimo, durante el año inmediatamente anterior a la solicitud de su reconocimiento como beneficiario”*⁽³⁷⁾.

Entiendo que la *optimización* de la virtualidad jurídica de los principios rectores de la política económica y social debe imbricar no sólo la actuación de los poderes públicos, sino también, y de forma decidida, la actuación de los poderes privados. Una prueba de tal aspiración es el *Acuerdo de la Mutualidad General Judicial de 17 de noviembre de 1989*, por el que se extienden *“los beneficios de asistencia sanitaria a la persona que sin poseer la condición legal del cónyuge conviva maritalmente con el mutualista”*.

(37) Circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social 5/1985, de 18 de febrero. Puede consultarse en *B.I.S.S.* N° 2. Febrero, 1985. En igual sentido, la Circular del I.N.S.S. 36/1981, de 31 de Julio.

IV. UNIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

4.1. El papel de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia.

Los pactos o convenios entre los unidos extramatrimonialmente constituyen otro recurso al que se acude en la regulación de la convivencia *more uxorio*, las más de las veces, por las carencias o insuficiencias del ordenamiento jurídico. No hay más que pensar en esas actitudes de “*silencio legislativo*”, cuando no de *hostilidad*, hacia la unión extramatrimonial para comprender el déficit legislativo en la materia.

El resorte técnico de la autonomía de la voluntad provoca, como tarea inmediata, una pequeña reflexión sobre el carácter público o privado del Derecho de Familia, bajo cuya disciplina caen las uniones extramatrimoniales. Así, a modo de ejemplo, hablamos de autonomía de la voluntad, y, por el contrario, los derechos y deberes que jalonan la familia son indisponibles; igualmente, y propiciado por la consideración de la familia como grupo instrumentalmente orientado a la realización efectiva de los derechos fundamentales de los individuos que lo integran, y particularmente, de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art.10.1.C.E), podría deslizarse una concepción de la familia como grupo político, o si se prefiere, como una organización estatal. Estas y otras observaciones son las que plantean, una vez más, el debate sobre lo público o lo privado en el Derecho de Familia.

Al respecto, como señalan **DÍEZ PICAZO** y **GULLÓN BALLESTEROS**, “*seguramente no se puede negar la existencia de un interés público en la organización de la familia o en algunos puntos claves de ésta, pero no nos parece que este interés público sea distinto del que se observa en el resto de la legislación. La aproximación de la familia a los entes públicos es un punto de vista impregnado por las ideas estatamentales o corporativas que tratan de imponer, entre el Estado y los individuos, cuerpos intermedios, uno de los cuales sería la familia...*”. Y añaden: “*En el estado actual de nuestra sociedad, la familia no es un organismo público o cuasi público, sino un cauce de desarrollo de fines estrictamente personales, dominado por el principio de personalidad y, por tanto, perteneciente de lleno al mundo del Derecho Privado*”⁽³⁸⁾. En

(38) *Sistema de Derecho Civil. Vol IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*. 6ª Edición. Editorial Tecnos. 1992. Págs. 37 y 38.

definitiva, como dicen **LACRUZ BERDEJO** y **SANCHO REBULLIDA**, “el valor de la *privacidad* familiar es esencialmente democrático”⁽³⁹⁾.

Uno de los factores que explican el progresivo papel de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de Familia, frente a concepciones ya superadas, lo constituye el hecho de que “*coexistiendo en la fase de crisis los modelos tradicionales de familia con otros que pugnan por abrirse, se establece necesariamente un pluralismo y un abanico de opciones y hay que permitir a los interesados la elección para que ajusten su vida familiar a uno u otro modelo*”⁽⁴⁰⁾.

Atrás han quedado aquellas concepciones que negaban la existencia de negocios jurídicos en el ámbito de las relaciones familiares, como si el objeto de las mismas necesariamente hubiera de ser un estado civil⁽⁴¹⁾. Además, la intervención estatal, o de la autoridad delegada del Estado (artículo 51 del Código Civil), por muy importante que sea, acaso la misma no excede de una solemnidad que da certeza y calidad jurídica del acto realizado. Nunca esa intervención estatal podrá sustituir la propia voluntad del individuo ni trastocar los actos familiares —actos privados— en actos estatales.

4.2. Los límites de la autonomía de la voluntad. Una nueva interpretación de la causa en los contratos entre convivientes *more uxorio*.

Sentado el alcance de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de Familia, el paso siguiente es proyectar aquélla como expediente técnico de regulación de la unión extramatrimonial.

En esa pretensión de construir un escenario contractual donde actuar la convivencia de los unidos extramatrimonialmente, la autonomía de la voluntad genera diversos productos convencionales.

La admisión de tales convenios ha sido una conquista para el Derecho Privado, y, particularmente, para el Derecho de Familia. En otras épocas, bajo presupuestos jurídicos bien distintos de los actuales, la ilicitud de la con-

(39) *Op.cit.*, pág. 52.

(40) *Op. cit.*

(41) Una manifestación de los profundos cambios que han experimentado las relaciones contractuales en el Derecho de Familia, lo constituyen los llamados “contrato de alquiler de maternidad”. Vid, por todos, el interesante trabajo de **P. F. SILVA RUIZ**, “Maternidad subrogada o de alquiler”, en el *Libro Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid. 1988. Vol. III, págs. 827 y ss.

vivencia *more uxorio contaminaba* al propio contrato o convenio que, ineludiblemente, quedaba “uncido” con la sanción de ineficacia.

Nuestro sistema contractual está presidido por el reinado de la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de poderosos *matices* que impone la contratación moderna, como pueden ser los llamados contratos de adhesión. El citado principio de autonomía de la voluntad viene consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil cuando establece que *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la leyes, a la moral ni al orden público”*. Precisamente, el artículo 1.255 del Código Civil contiene una de las *pedras jurídicas* que en su día fue arrojada contra la validez de los pactos o contratos de los unidos extramatrimonialmente: el orden público.

Pero, ¿qué se entiende por orden público? Al respecto, **MARTÍNEZ DE VELASCO** señala que *“el orden público es el Derecho Público del Derecho Privado, es decir, el conjunto de normas imperativas o prohibitivas de éste”*. Y aclara: *“El Orden Público está construido sobre las concepciones dominantes de cada momento. La concepción no es el concepto (frío, aséptico, científico), sino cree serlo. Añade a éste el sentimiento (social) sobre una determinada realidad. Pero éste es un sentimiento que, además, implica un juicio. En la concepción se conjugan sentimiento y juicio. El primero es, más bien, medio, el segundo conclusión final a que lleva el sentimiento. De todo ello, se deduce, en nuestro caso, que del entresijo social el juez debe decidir si una norma se entiende imperativa o dispositiva en cada momento. Sí, lo primero, forma parte del orden público”*. Por lo tanto, para construir la concepción del orden público hay que realizar una labor de valoración social por parte del juzgador. Esa valoración o juicio se apoya, según **MARTÍNEZ DE VELASCO**, en el *“trasfondo ético del derecho”*. Y *“la ética varía y, con su remodelación, cambia la concepción de lo que es imperativo o dispositivo... Por ser esto así, no hay legislador que en cada disposición establezca si es imperativa o no. Eso debe quedar indeterminado, para permitir su evolución”* ⁽⁴²⁾.

El resultado de esa evolución es que el orden público, hoy en día, no es un argumento para invalidar los convenios entre los unidos extramatrimonialmente: la concepción dominante en nuestra sociedad, basada en una determinada ética, ya no repudia la convivencia *more uxorio*.

(42) “Orden Público y Orden Privado en el Ordenamiento Jurídico”. *R.D.N.* N° 144. Abril-Junio, 1989, pág. 11.

Y esa concepción del orden público, normativamente, ahonda su raíz en la Constitución, que impone un nuevo conjunto de valores. Ya el Tribunal Supremo, en **Sentencias de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979**, establecía que *“el orden público contiene principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social de un pueblo en una época determinada”*.

Los profundos cambios habidos en la concepción del orden público se resumen en la superación de las uniones extramatrimoniales como algo **inmoral**, hasta el punto de justificar la resolución de la locación al amparo del artículo 114.8 de la antigua L.A.U., como así la decretó la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de enero de 1960**: *“Las relaciones íntimas o el vivir amancebado supone un estado crónico subversivo de los principios morales de una sociedad cristiana, el mal ejemplo constitutivo del escándalo, con lo cual puede considerarse que concurre el primer requisito de la causa 8ª del art. 114, porque el hecho de tener instruido un expediente canónico no justifica esa conducta desarrollada que escandaliza a sus vecinos”*⁽⁴³⁾. Hoy tal resolución es inadmisibles, no sólo porque en la redacción del artículo 27 e) de la nueva L.A.U. se suprime la referencia a las *“actividades inmorales”*, sino por el nuevo orden de valores constitucionales que imponen una determinada moral pública, entendiendo por tal *“los sentimientos comunes en una sociedad”*⁽⁴⁴⁾, en los cuales ya no cabe la calificación de inmoral.

Por otra parte, también se ha pretendido atacar la eficacia jurídica de los convenios entre los convivientes *more uxorio* a través del instituto de la causa, uno de los elementos esenciales de todo contrato, según el artículo 1.261.3 del Código Civil.

La descripción de la causa la encontramos en el artículo 1.274 del mismo texto cuando señala que *“en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o ser-*

(43) Citada por **E. ESTRADA ALONSO**, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*, Ed. Civitas. Pág. 361. No obstante, en alguna Sentencia, como la de **13 de Octubre de 1960**, nuestro **Tribunal Supremo** entendió que no podía *“calificarse de inmoral la actividad del inquilino en el interior de la vivienda desde 1956, contraída a vivir con toda la corrección que imponen las normas de cortesía y de convivencia o vida en comunidad, con su hija y madre de ésta, su familia como realmente lo es, aunque sólo lo sea por Naturaleza y no por Ley”*. Repertorio Aranzadi. Marg. 3.168. En igual sentido, **SAP de Burgos, de 29 de Septiembre de 1980**. Puede consultarse en, **LOSCERTALES FUENTES**, *Arrendamientos Urbanos. Diez años de Jurisprudencia*. Ed. Trivium. 1989, págs. 391 y 392.

(44) **SAP de Cádiz**, de 26 de Septiembre de 1979. Puede verse en **LOSCERTALES FUERTES**, *Arrendamientos Urbanos...*, ob cit., pág. 393.

vicio por la parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”. Obviamente, esa causa debe ser lícita: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral”. (Artículo 1.275 del Código Civil).

No es éste el trabajo adecuado para resucitar las diversas concepciones de la causa. No obstante, no puedo renunciar, a los efectos que aquí nos ocupan, a hacer una distinción fundamental, como es la de *causa* y *motivos*, de cuya confusión devino todo un catálogo de posiciones doctrinales y fallos judiciales condenatorios, en términos de ilicitud, de los pactos o contratos entre convivientes.

Fue la doctrina francesa, con **CAPITANT** a la cabeza, la que preconizó una concepción de la causa excesivamente subjetivista, haciéndola sinónimo del móvil o móviles perseguidos por las partes en el negocio jurídico en cuestión. La concepción, así resumida, no era gratuita: sólo a través del análisis de esos móviles se puede enjuiciar la “moralidad” de la relación jurídica. La crítica que se hace a esa doctrina es que los móviles quedan o deberían quedar extramuros al contrato. Así lo ha postulado el Tribunal Supremo en **Sentencias como las de 11 de abril y 22 de noviembre de 1979**: “La causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que animó a cada contratante en proceder y, en consecuencia, para que los móviles subjetivos de los otorgantes repercutan en la plenitud del negocio... será necesario que tales determinantes, conocidos por ambos intervinientes, hayan sido elevados a presupuesto determinante del pacto concertado, operando a manera de causa impulsiva”. Y en la **Sentencia de 17 de Febrero de 1989**, el Tribunal Supremo afirma rotundamente que “los móviles subjetivos no son identificables con la causa”. Así pues, hay que distinguir entre la finalidad del contrato (*finis operis*) y finalidad de los contratantes (*finis operantis*).

En gran medida, el equívoco de la corriente doctrinal comentada es que desconoce que la causa es siempre *única*, y los móviles, *varios*, pues el obrar humano siempre es complejo⁽⁴⁵⁾.

(45) **DIEZ PICAZO** entiende que la causa es “el fundamento de un negocio jurídico”. Y dentro de ese concepto genérico de causa hace una triple distinción: *causa de la atribución*, “la situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al atributivo para recibir el desplazamiento patrimonial”; *causa de la obligación*, “el fundamento jurídico de la existencia de una deuda”; y *causa del negocio*, el fundamento que justifica la tutela jurídica o la fuerza vinculante del negocio. Vid *Fundamentos de Derecho Patrimonial*. Vol I. Ed. Tecnos. Madrid, 1983. 2ª edición, págs. 170 y ss.

El problema de la ilicitud de la causa se planteó en toda su extensión en relación a las donaciones entre los convivientes *more uxorio*, tan frecuentes para retribuir los *favores y afectos* ⁽⁴⁶⁾ recibidos, por utilizar una semántica frecuente en los fallos judiciales de la época. Curiosamente, los unidos extramatrimonialmente, hasta la reforma del año 1981, estaban en mejor posición jurídica que las parejas casadas, ya que el antiguo artículo 1.334 del Código Civil señalaba que “*será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio. No se incluyen en la regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan con ocasiones de regocijo para la familia*”. Así, paradójicamente, los unidos extramatrimonialmente podían hacerse liberalidades sin caer en la órbita sancionatoria del artículo 1.334, a diferencia de las parejas casadas. Por el contrario, el actual artículo 1.323 del Código Civil establece meridianamente que “*el marido y la mujer podrán por cualquier título transmitirse bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*”.

Pues bien, la fiscalización judicial de la ilicitud de la causa se acentuó respecto de las donaciones remuneratorias, definidas por nuestro Código Civil, como aquellas que “*se hacen a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquellas en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado*” (artículo 619 del Código Civil). Era lógico que en un contexto de ilicitud de las uniones extramatrimoniales, las donaciones, ya para iniciar, conservar o extinguir esa convivencia, estuvieran viciadas por una *causa torpe*, que, irremediablemente, devenía en la invalidez de la donación.

Y ligada a la invalidez de la donación se planteaba el problema de la restitución de lo adquirido. A favor de la restitución se invocaba el artículo 1.303 del Código Civil cuando proclama que “*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*,”

(46) Hoy en día puede llamar la atención cierta terminología, pero no se puede olvidar que la hostilidad hacia la unión extramatrimonial se reflejaba, en otras épocas, tanto en los fallos judiciales como en la propia doctrina, en una semántica tan expresiva como *concupinato*, *mancebía*, *relaciones adulterinas*,... etc.

salvo lo que se dispone en los artículos siguientes”⁽⁴⁷⁾. Por el contrario, el artículo 1.306 del mismo Cuerpo legal señala que *“si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito o falta, se observarán las reglas siguientes: 1º. Cuando la culpa esté de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido”*. Otra argumentación en contra de la restitución la proporciona el artículo 1.901 del Código Civil: *“Se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa”*.

Toda esa argumentación jurídica es una constante en las estrategias judiciales de las partes. En cambio, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha sido uniforme.

La confusión entre *causa* y *motivos* explica Sentencias como la de **17 de Octubre de 1959**, del **Tribunal Supremo**, relativas a entregas de joyas que el hombre había hecho a la mujer como consecuencia de sus relaciones amorosas. Ante una serie de engaños, el hombre demandó que se declarasen inexistentes las donaciones efectuadas, si así se llegaban a calificar dichas entregas, por ilicitud de la causa, con la consiguiente restitución. El Juzgado *a quo* calificó la entrega como donación, careciendo de causa lícita, por tanto nula de pleno, debiendo restituir la mujer los objetos donados. La Audiencia confirmó la ilicitud de la donación pero no así el deber de restituir. Finalmente el Tribunal Supremo sentenció que *“con toda evidencia la entrega de autos tuvo por causa eficiente y final la iniciación y persistencia de las relaciones íntimas fuera de toda regularidad legal, atentatorias a las costumbres patrias, aun entre personas idóneas para contraer matrimonio entre sí, incidiendo por lo tanto en la sanción del artículo 1.275 del Código Civil... Lo cual lleva implícita, como natural consecuencia, la devolución de las cosas a su titular, según el artículo 1.303 del propio cuerpo legal...”*. Más concretamente, en cuanto a la restitución de lo donado, el Tribunal Supremo señaló que *“el*

(47) En ocasiones, el donante pretende la restitución, alegando que se trata de donación por razón del matrimonio: *“...Debiendo estimarse que la cantidad que percibió el demandante Señor B. por un premio obtenido en uno de los sorteos de la Organización Nacional de Ciegos, de importe 12.500.000 pesetas lo repartió con Doña M.B. por partes iguales, debiendo calificarse este reparto como una donación pura y simple definida por el artículo 618 del Código Civil por mera liberalidad del donante... no pudiendo equipararse, en modo alguno, a la donatio propter nuptias reguladas por los artículos 1.336 y siguientes del Código Civil...”*. Sentencia de la A.P. de Barcelona, de 22 de Noviembre de 1990. Ponente: Don **ÁNGEL TATJER CLARA**. *Revista General del Derecho*. Año 1990, pág. 5.294.

artículo 1.306, número 1 del referido Código, aplicado por la Sala de instancia, no es realmente aplicable al caso de litigio, en méritos de que no contempla la hipótesis de contratos con prestaciones recíprocas, y no aquellos otros en los cuales sólo consta la entrega de algo, sin compensación de adverso por una de las partes según ya declaró este Tribunal en Sentencia de 10 de Julio de 1902”.

La doctrina de esa Sentencia, en cuanto a la restitución de lo donado, fue duramente criticada por autores como **TORRALBA SORIANO**, pues en el caso concreto, *“tal solución implica la caída de la sanción totalmente sobre la amante, ya que el varón recupera todo lo que había dado después de conseguir lo que había querido. Parece que se ha estimado más culpable al que cobra por pecar que al que paga por ello”*⁽⁴⁸⁾. En esta misma línea, **FEDE-RICO DE CASTRO** afirma que la doctrina del Tribunal Supremo *“coloca al principal culpable —donante— en mejor situación que aquel que, en caso de nulidad por causa torpe, reclame una restitución...”*⁽⁴⁹⁾.

Un ejemplo del criterio cambiante del Tribunal Supremo nos lo proporciona la **Sentencia de 8 de marzo de 1918**. La situación fáctica que contemplaba dicha Sentencia era un convenio para reanudar las relaciones amorosas que constituía un *“estado de mancebía”*. Como resultado de frecuentes desavenencias, se suscribió un pacto por el cual la mujer renunciaba a querellarse por injurias y se comprometía a dispensarle atenciones y consideraciones, a cambio de una pensión mensual. Ante nuevas desavenencias, la mujer se querelló, y el hombre, en vía civil, demandó, por un lado, la nulidad de la donación por causa ilícita, lo que estimó el Tribunal Supremo, y por otro, la restitución de lo pagado, que fue denegado: *“El Tribunal observa rectamente, en contra de lo que supone la recurrente, la regla 1ª del artículo 1.306 del Código Civil, al no condenar a la recurrente, como en la demanda se pedía, a devolver las cantidades percibidas por el contrato”*.

La **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Barcelona, de 9 de mayo de 1986**, (Autos 1.004/1985), enjuicia un supuesto de donación de varios inmuebles entre dos convivientes. Al romperse la unión extramatrimonial, el donante insta judicialmente la declaración de invalidez de la donación y la restitución de lo donado. La Sentencia declara la invalidez de las donaciones basada en la teoría de la *causa torpe*, pero no accede a la restitución *“por no*

(48) “Causa ilícita. Exposición sistemática de la jurisprudencia del T. S.”. A.D.C. Tomo XIX. 1966, pág. 705.

(49) *El negocio jurídico. Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*. Vol. X. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid. 1967, pág. 253.

constituir delito ni falta y estar la culpa por parte de ambos contratantes". Por el contrario, la Audiencia Territorial de Barcelona, en su **Sentencia de 8 de abril de 1987**, se separa del criterio de la primera instancia en el particular de declarar la invalidez de las donaciones haciendo exclusión de la *causa torpe*.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su **Sentencia de 2 de julio de 1990**, rechaza la ilicitud de la donación basada en la teoría de la causa torpe, que en el caso concreto, "*no resiste el menor análisis serio*"... y, además, resulta claro que unas relaciones íntimas, como las de amor, o las de afecto o cariño, e incluso amistad, pueden, según los casos, ser motivo causalizado idóneo complementario (con causa) del de mera liberalidad del donante"⁽⁵⁰⁾.

El estado de la cuestión es bien diferente en la actualidad. La constitucionalización de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1 C.E.), con manifestaciones tan luminosas como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 C.E.), la libertad ideológica (art.16 C.E.), y, en definitiva, la protección constitucional a la Familia (art. 39 C.E.), constituye un arsenal normativo suficiente para disuadir de nuestra realidad jurídica actual la consideración de la convivencia *more uxorio* como algo ilícito o contra *bonos mores*. La unión extramatrimonial no es contraria al Derecho. Es, conceptualmente, contraria al matrimonio, lo cual es bien distinto.

Y, al hilo de lo dicho, los convenios o contratos entre convivientes *more uxorio*, también quedan amparados por la presunción de causa lícita del artículo 1.277 del Código Civil: "*Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario*". Por lo tanto, el que alegue el "*pretium stupri*" deberá probarlo.

Por último, algunos autores, como **MENDIETA JARAMILLO**, entienden que los pactos o contratos que pretendieran remunerar "favores sexuales", son ilícitos, no precisamente por razón de la causa, sino por razón del objeto, ya que el cuerpo humano —yo diría la persona— está fuera del comercio de los hombres (artículo 1.271 del Código Civil)⁽⁵¹⁾.

A mi juicio, sin dejar de reconocer el fondo de razón que late en el planteamiento de **MENDIETA JARAMILLO**, se ha de valorar muy mucho

(50) Ponente: Don **JESUS CORBAL FERNANDEZ**. R.G.D. Año 1990, págs 1.747 y ss.

(51) "Relaciones patrimoniales en la unión familiar de hecho". *Actualidad Civil*. 1990 I.XVI, pág. 211.

la situación particular que se esconde en cada caso concreto. En realidad, los pactos por los que se retribuyan los favores sexuales de una persona... nada tienen que ver con la unión extramatrimonial. Acaso están más próximos a la figura de la prostitución. En este caso, sí creo correcto acudir a declarar la ilicitud del contrato por razón del objeto. Pero, sin embargo, pactar la retribución de favores sexuales en el marco de una unión extramatrimonial, estable y consolidada, puede suponer que ése sea el “móvil” o uno de los móviles de tal unión, pero no la “causa” del negocio jurídico.

4.3. El contenido de los pactos sobre las uniones extramatrimoniales.

Configurada la unión extramatrimonial como un modelo de familia, en el seno de la misma se dan un conjunto de relaciones jurídicas respecto de las cuales el legislador no puede hacer caso omiso. En la medida en que tales relaciones vienen reguladas por la ley, la imperatividad de sus normas ensombrece el papel de la autonomía de la voluntad.

Así, el principio de igualdad de las filiaciones impide toda discriminación entre los hijos de pareja casada y los de la unión extramatrimonial. El padre y la madre velarán por ellos (artículo 110 del Código Civil). Estarán obligados a prestarles alimentos (artículo 110 del Código Civil). Ejercerán la patria potestad sobre los mismos (artículo 154 del Código Civil). A efectos sucesorios, se les considerará herederos forzosos (artículo 807.1 del Código Civil), amén de sus derechos en la sucesión *ab intestato* (artículo 930 y siguientes del Código Civil).

Con esta rápida exposición pretendo significar que el juego de la autonomía de la voluntad respecto a determinadas relaciones jurídicas familiares, y, más concretamente, las paterno-filiales, es prácticamente nulo. Este es el criterio de la generalidad de la doctrina, que comparto, sin perjuicio de las oportunas matizaciones.

En virtud de esas matizaciones, a modo de ejemplo, entiendo que no puede haber convenio que afecte a la *titularidad* de la patria potestad, en cuanto que es irrenunciable, indisponible e imprescriptible, pero sí caben pactos relativos a su *ejercicio*. A mi juicio, así se puede inferir del artículo 156 cuando señala que “*la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro...*”. Contractualmente, pues, se puede ordenar el ejercicio de la patria potestad

por uno sólo de los progenitores sin que ello pueda suponer una privación, vía pacto, de la titularidad de la patria potestad.

Frente a las relaciones entre padres e hijos se alzan las relaciones entre los convivientes *more uxorio*, donde, al no jugar potestades familiares, no puede haber una *jerarquización* de sus relaciones: los convivientes *more uxorio* se sitúan en un mismo plano, que no es otro que el de la igualdad. Este principio deberá presidir inexcusablemente todo pacto o convenio de los unidos extramatrimonialmente, aun cuando no haya una disposición como el artículo 1.328 del Código Civil “*Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge*”. Tampoco es necesaria pues el contrato sólo puede nacer allí donde exista igualdad.

Y dentro de esas relaciones entre los convivientes *more uxorio*, distíngase entre las patrimoniales y personales, las cuales pueden provocar otros tantos pactos de igual naturaleza.

4.3.1. Los pactos patrimoniales: el problema de la disolución de la unión extramatrimonial.

Dentro de los pactos patrimoniales, se distinguen, por un lado, los tipos contractuales que entre ellos celebrasen, perfectamente definidos por la Ley, por lo que no presentan mayor particularidad, y por otro, aquellos pactos o convenios que tienen la pretensión de disciplinar las relaciones de los convivientes mientras dura la unión extramatrimonial, o incluso, las consecuencias económicas de la disolución de aquélla⁽⁵²⁾. Como nos recuerda la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 4 de febrero de 1993**, “*la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7-3-1988 orienta a que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas, que regulan las relaciones patrimoniales entre ellas o en el período ulterior a su cesación no puedan tenerse como nulos por el mero hecho de haberse celebrado en tales situaciones*”. (F.J.20)⁽⁵³⁾. Tales convenios no se pueden confundir con las capitulaciones

(52) Para no excedernos del objeto de este trabajo, se trasciende de entrar en contenidos contractuales más específicos, como son los pactos sobre alimentos, pensiones compensatorias, indemnizaciones, etc.

(53) Secc. 3ª Ponente: **GÓMEZ MARTÍNEZ**. *Aranzadi Civil*. 1993. Marg. 599, pág 933.

matrimoniales, pues éstas, a la luz del artículo 1.325 y siguientes del Código Civil, exigen la institución del matrimonio.

Al respecto, el pacto del régimen ganancial fue admitido por la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de Abril de 1986**, que, partiendo de una escritura pública de compra en la que los convivientes manifestaron que adquirirían para su sociedad de gananciales, señala que “...*resulta obligado concluir que el contrato objeto de esta litis, no es sólo lícito, sino encomiable dado que la finalidad del mismo no es otra que la voluntaria ordenación de los medios económicos al cumplimiento de los sagrados e ineludibles deberes que la institución familiar impone...*”⁽⁵⁴⁾. El **Tribunal Supremo**, en **Sentencia de 18 de mayo de 1992**, señala que “*ello no quiere decir que haya de rechazarse de plano la posible aplicabilidad de la normativa que disciplina el régimen ganancial matrimonial, si expresamente se pacta, lo que significaría dar otro aspecto al problema en cuanto dichos convenios están dotados de licitud y fuerza obligatoria conforme al artículo 1.255 del Código Civil*”⁽⁵⁵⁾. Inclusive, ese mismo Tribunal, en su **Sentencia de 21 de octubre de 1992**, admite no sólo el pacto expreso sino también *tácito* de cualquier régimen económico matrimonial⁽⁵⁶⁾.

Por el contrario, la **Audiencia Provincial de Valencia**, en su **Sentencia de 16 de mayo de 1990**, subraya que “*es imposible entre dichos convivientes un régimen ganancial, que objetivamente estaría condicionado a la “conditio iuris” del matrimonio, entre ambos no preexistente, y tampoco aplicable su normativa analógicamente a estas consecuencias patrimoniales de una pura unión de hecho*”⁽⁵⁷⁾. Siguiendo la línea argumental de esta Sentencia, la cuestión no estriba en si se puede pactar o no el régimen de gananciales, sino, en realidad, cualquier otro, al exigirse “matrimonio”.

Los problemas se acentúan, precisamente, en defecto de pacto. La doctrina jurisprudencial mayoritaria rechaza la aplicación, en defecto de pacto, del régimen económico ganancial. En contra, algunas sentencias aisladas, como la de la **Audiencia Territorial de Valencia, de 3 de Junio de 1987**, que acude una vez más a la analogía para justificar la aplicación de ese régimen,

(54) Vid comentario, en **VIDAL MARTÍNEZ**, “Aplicación del régimen de sociedades de gananciales a una relación y convivencia no matrimonial. Convenio económico. Validez”. *R.G.D.* 1986, págs. 4.303 a 4.317. Una valoración en sentido contrario en **PANTALEON PRIETO**, “La autoregulación de la unión libre”. *Poder Judicial*, N° 4.1986, págs. 119 y ss.

(55) Ponente: **VILAGOMEZ RODRÍGUEZ**. *R.J. Aranzadi* 1992. Marg. 4.907.

(56) Ponente: **MORALES MORALES**. *R.J. Aranzadi* 1992. Marg. 8.589.

(57) Sección 7ª. Ponente: García Robledo. *R.G.D.* 1992, pág. 6.879 a 6.881.

pues en el caso concreto (disolución de una unión extramatrimonial de más de 40 años) *“aunque los ingresos económicos del demandante y demandado fueran de distinta importancia no podría deducirse de ello que las aportaciones de uno y de otro a esa comunidad fueron diferentes”*⁽⁵⁸⁾.

Para la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, de 23 de abril de 1991**, el régimen a aplicar sería el de separación de bienes: *“...A falta de convenio expreso, mucho más coherente con la exclusión del matrimonio resulta la exclusiva pertenencia a cada uno de los individuos que la forman de los bienes que tengan y de los que adquiriera posteriormente... la comunidad de los que adquieran conjuntamente, la responsabilidad exclusiva por las deudas que cada uno contraiga...; en suma, si acudimos a razones de analogía, como hace la demandante, la exclusión del matrimonio debe equipararse a la exclusión de la sociedad de gananciales... caso en que según el artículo 1.435.2º del C.C. debe regir la separación de bienes...”*. (F.J. 4º)⁽⁵⁹⁾.

En cuanto al resorte de la sociedad civil, el Tribunal Supremo tiene declarado que la convivencia *more uxorio* “per se” no puede presumir su existencia⁽⁶⁰⁾. Es necesario pactarla, expresa o tácitamente. La sociedad civil requiere, de conformidad con el art. 1.665 del Código Civil, “la “aportación en común de dinero, bienes o industria”, o en su caso, “la cooperación con su trabajo personal en las ganancias”⁽⁶¹⁾. A ello habría que unir la *affectio societatis*, que en no pocas ocasiones se confunde con el ánimo de obtener un lucro, respecto de la cual, la Sentencia de la **Audiencia Territorial de Barcelona, de 21 de noviembre de 1988**, precisa que *“de la comunidad de vida que crearon, de la parcial confusión de sus respectivos patrimonios, de la unidad de administración de recursos precisos para atender los gastos comunes, del ejercicio por la parte actora de la potestad doméstica y de su colaboración temporal en la empresa del demandado, no resulta la affectio societatis, el cual presupone el ánimo de obtener una ganancia a dividir entre los socios... que no coincide con la voluntad de usar o consumir en común lo necesario para la subsistencia cotidiana...”*. (F.J.3º)⁽⁶²⁾. La generalidad de la Jurisprudencia ha sido rigurosa a la hora de

(58) R.G.D. 1987. Pág. 5.131.

(59) Ponente: **MARTIN MAZUELOS**. R.G.D. 1991, pág. 11.531.

(60) STS de 10 de diciembre de 1993. Sala 1ª. Ponente: **ALBACAR LÓPEZ**. R.J. Aranzadi 1993. Marg. 9.894.

(61) STS de 18 de diciembre de 1993. Sala 1ª. Ponente: **PÉREZ DE ANDRADE**. R.J. Aranzadi 1993. Marg. 1.246.

(62) R.G.D. 1989, págs. 1.480 a 1.482

exigir la *affectio societatis*, aunque en ocasiones, alguna Sentencia como la de la **Audiencia Provincial de Oviedo, de 21 de Enero de 1992**, relativiza la cuestión, particularmente, la distinción entre sociedad civil y condominio, pues si la sociedad no se constituye conforme a las disposiciones del Código Civil, aquélla carece de personalidad jurídica en cuanto a los terceros, aplicándose las reglas del condominio o comunidad de bienes. (art. 1.699 Código Civil) ⁽⁶³⁾.

En cuanto a la comunidad de bienes (arts. 392 y ss. del Código Civil) nada obsta pactar la misma, pero con la advertencia de que es un pacto muy puntual, esto es, para cada adquisición patrimonial, pero nunca para futuras adquisiciones de bienes pues éstos todavía no forman parte del patrimonio de los convivientes. La **Audiencia Provincial de Oviedo, en Sentencia de 10 de abril de 1992**, rechaza la aplicación analógica del régimen de gananciales, debiéndose acudir, en defecto de pacto, a las normas del Código Civil relativas a la comunidad de bienes.

En cuanto a la eficacia jurídica de estos pactos patrimoniales, **MUÑOZ DE DIOS** la resume en los siguientes términos: “Por tanto, frente a terceros, pacto y fecha fehaciente con acceso al Registro de la Propiedad o al correspondiente según la naturaleza de los bienes, pero entre las partes convivientes sí producen efectos el convenio en forma privada, e igualmente será respetado por sus respectivos herederos en virtud de la relatividad del contrato” ⁽⁶⁴⁾.

Ajenos a los pactos patrimoniales se hallan dos resortes técnicos más, prudentemente utilizados por la jurisprudencia para resolver estos problemas de titularidad patrimonial y de disolución generados durante la unión extramatrimonial: el *enriquecimiento injusto* y la *equidad*.

4.3.2. Los pactos personales.

Los pactos personales son discutidos por la doctrina. Para algunos autores, es absurdo que los convivientes que libremente han querido eludir el matrimonio pacten un contenido idéntico al consagrado por el Código Civil para la institución matrimonial. Otros entienden que las normas del Código Civil no son aplicables ni siquiera por analogía a la convivencia *more uxorio*, pero si los protagonistas de ésta así lo pactan, no habría mayor obstáculo jurídico. Ciertos autores sugieren que los derechos y deberes que describen

(63) Sección 6ª. Ponente: **BARRAL DIAZ**. R.G.D. 1993, págs. 2.291 a 2.293.

(64) **G. MUÑOZ DE DIOS**: “Régimen económico de las uniones extramatrimoniales”. *La Ley* 1987-2, págs 1.166 y 1.167.

el matrimonio pueden ser objeto de pacto, excepto la obligación de imponer contractualmente la convivencia. En cambio, para otro sector doctrinal los deberes de fidelidad y asistencia escapan a todo contrato: son exclusivos del matrimonio por imperativo de los artículos 66 y 67 del Código Civil.

Hasta aquí he pretendido construir una modesta atalaya jurídica desde la que poder otear y avanzar con ciertas garantías hacia uno de los capítulos más llamativo de la significación jurídica de las uniones extramatrimoniales, como es el de la vivienda arrendada, y más particularmente, la subrogación *mortis causa* de aquéllas.

V. UNIONES EXTRAMATRIMONIALES Y DERECHO DE SUBROGACIÓN EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS DE 1964: LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 58

5.1. Naturaleza jurídica del derecho de subrogación “*mortis causa*”.

El artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 señalaba que “*al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge, descendientes... ascendientes y hermanas... podrán subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento...*”. Igualmente, el artículo 16.1 de la Ley 29/1994, de 24 de Noviembre: “*En caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato...*”. En ambos artículos se contempla el fallecimiento del arrendatario como presupuesto jurídico para que pueda operar el derecho de subrogación *mortis causa* de la legislación arrendaticia.

La exigencia del óbito del inquilino provocó intentos de explicar el instituto jurídico que nos ocupa bajo categorías propias del derecho sucesorio. Pero como apunta **CASTÁN Y CALVILLO**, “*la sucesión de los artículos 58 y 59 no es la típica hereditaria*”⁽⁶⁵⁾. En primer lugar, porque se trata de una sucesión legítima en cuanto que arranca de la Ley. Consecuentemente, ni siquiera el arrendatario puede disponer de ese derecho de subrogación vía testamento. Al respecto, la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Pontevedra, de 22 de enero de 1992**, señala que “*es evidente que el arrendatario*

(65) **CASTÁN Y CALVILLO**: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*. Ed. Reus, Madrid, 1965. En igual sentido, **RODRÍGUEZ AGUILERA** y **PERE**, en La transmisión *mortis causa* del derecho arrendaticio de vivienda. Pretor.

impropiamente pretendió disponer del derecho arrendaticio por vía de legado de cosa específica, cuando, como tiene declarado la jurisprudencia, los derechos y obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento no son transmisibles por título hereditario, en la medida que dicho derecho arrendaticio no forma parte del patrimonio causante”⁽⁶⁶⁾. En segundo lugar, los eventuales sucesores están marcados por el parentesco y por la exigencia de la convivencia, notas bien distintas del régimen de capacidades e incapacidades que presiden la sucesión testamentaria. Y como la Ley concreta quiénes son los beneficiarios, no caben interpretaciones extensivas, so pena de afectar al derecho de propiedad. En esta línea, habría que traer a colación Sentencias como la de nuestro **Tribunal Supremo, de 2 de marzo de 1959**: “*Que no se trata de un derecho hereditario, sino de un beneficio sucesorio a favor de determinadas personas por razones de interés social, y no es un derecho hereditario, porque en tal caso la Ley no podía disponer en favor de uno de los herederos ni excluir de sus derechos hereditarios al cónyuge que no conviva, sino que habría de atenerse al régimen de herencia y, además, porque si fuera un derecho patrimonial transmisible por herencia tendría facultad de disponibilidad el causante, atributo que no le otorga la Ley*”.

FUENTES LOJO considera que tal derecho se explica como “*una especial novación de tipo subjetivo por cambio del titular arrendatario*”⁽⁶⁷⁾. El reconducirlo a la novación subjetiva supone que el contrato queda indemne como tal, pues en definitiva sólo hay una alteración subjetiva que no transforma la posición jurídica del arrendatario/subrogado. Éste tiene los mismos derechos y obligaciones que el inquilino fallecido. (Ni siquiera los subarrendados concertados por el arrendatario fallecido se extinguirán).

5.2. La lucha Jurisprudencial por el reconocimiento del derecho de subrogación *mortis causa* a las uniones extramatrimoniales.

La simple lectura del artículo 58 de la L.A.U. del 64 demuestra que el legislador, ni siquiera en su imaginación, pensaba contemplar el derecho de subrogación de las uniones extramatrimoniales. Pero la realidad es mudable, particularmente, las percepciones éticas de la sociedad: de la repudiación de la convivencia *more uxorio* se pasó a la aceptación y al necesario reconoci-

(66) Ponente: Don **J.C. PICATOSTE BOBILLO**. F.J. 3º R.G.D. 1992, pág. 6.036.

(67) *Suma de Arrendamientos Urbanos*. Vol I. Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1983.

miento de efectos jurídicos respecto de esas situaciones fácticas que son las uniones extramatrimoniales.

Era lógico que al abordar los derechos de subrogación del conviviente *more uxorio* la Jurisprudencia ofreciera líneas contradictorias. Se trataba de *extender* un beneficio legal a aquellas uniones a virtud de una legislación que no las contemplaba. (Hablamos en pasado pues con la nueva legislación tales contradicciones jurisprudenciales no se podrán reproducir).

Y así, los resortes técnicos para “ampliar” el artículo 58 de la antigua legislación arrendaticia a los unidos extramatrimonialmente fueron diversos. En algunas sentencias se acudió al instituto de la analogía: “*Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie **identidad de razón***” (art. 4.1 del Código Civil). En otras, al artículo 3.1 del Código Civil, cuando establece que “*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y **la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas***”. Juega aquí el llamado método histórico-evolutivo, el cual “*consiste en dar al texto de la Ley no ya el sentido que tenía al tiempo de su formación, sino el que puede tener al tiempo en que surge la necesidad de aplicarla. Y así, permaneciendo inmutable la letra de la ley, debe considerarse mudado su espíritu, en conformidad con las nuevas exigencias de los tiempos*”⁽⁶⁸⁾.

Partícipes de esta fundamentación son algunas de las Sentencias que a continuación expongo, como la de la **Audiencia Provincial de Valencia, de 1 de octubre de 1992**: “*Sin desconocer la importancia de la institución matrimonial, y aun abogando por su conveniencia, al dotar a la pareja de una mayor estabilidad desde todos los puntos de vista, además de servir de sólido fundamento para la familia, no puede desconocerse la realidad de que cada vez con mayor frecuencia se producen uniones de hecho, similares en todos los aspectos al matrimonio, avalado el hecho de que en su origen no ha habido la voluntad de formalizar dicha unión ante el Juez o ante el sacerdote, mediante la externa celebración del matrimonio. Pero la omisión de ese requisito formal no puede abocar a las parejas que han tomado una decisión así... a tener que renunciar irremediabilmente a todos aquellos beneficios que la ley concede a*

(68) COVIELLO, citado por **DÍEZ PICAZO** y **GULLÓN BALLESTEROS**. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Ed. Tecnos. 4ª Ed. Madrid, 1981.

quienes así han optado por formalizar su unión mediante la celebración del matrimonio... Lo que significaría, además, la introducción de un factor discriminatorio, no suficientemente justificado, entre los casados y los no casados pero que actúan como si lo estuviesen, y cuya única diferencia se encuentra en el hecho de haber o de no haber contraído formalmente matrimonio, con posible vulneración del artículo 14 de la Constitución. (F. J. 1º). La sentencia contemplaba una convivencia *more uxorio* de más de 20 años, suficientemente acreditada...: “Si todo esto es así, no existe ningún inconveniente en aplicar el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a las uniones matrimoniales de hecho... Esto no significa que se interprete desmedidamente el mencionado artículo 58, sino que lo que en puridad se hace es dar a cada uno lo suyo, pues de no aplicar así esta norma arrendaticia se produciría una interpretación de la misma excesivamente restrictiva, por formalista o ritualista. Además, si la ratio o finalidad de esta disposición es procurar que permanezcan en el arriendo las personas allegadas al arrendatario o los familiares que con él han convivido, es indudable que en el presente caso se cumple perfectamente este propósito legal”. (F.J.3º)⁽⁶⁹⁾. Nótese cómo en la transcrita sentencia se introduce el criterio de la equidad (art. 3.2 del Código Civil) y el criterio hermeneútico del espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 del Código Civil). La misma argumentación se ofrece en la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de mayo de 1989**: “Sin que a lo dicho pueda ser óbice la falta de modificación del citado artículo 58 por el legislador, toda vez que la inactividad de éste de ninguna manera ha de llevar a una interpretación que pudiera resultar inconstitucional, pues no hay que olvidar que el artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga a acomodar la norma al ordenamiento constitucional, tras cuya promulgación no cabe duda que la concepción jurídico-política de la familia cambió profundamente de forma que ya no puede sostenerse que el matrimonio sea la única base de la vida familiar”⁽⁷⁰⁾. La Sentencia de la **Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de junio de 1993**, acepta y hace suya la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 222/ 1992, de 11 de Diciembre, aunque rechazó la pretensión de subrogación por “*indemostrada aquella duración de convivencia, y que se hubiese convivido de manera marital y estable*”⁽⁷¹⁾. Un último ejemplo de este sentimiento jurisprudencial

(69) Sección 1ª. Ponente: Don C. CLIMENT DURAN. R.G.D. 1992, págs. 711 ss.

(70) Sección 3ª. Ponente: Doña ISABEL CARRIEDO. *Revista Jurídica de Cataluña*. Sección Jurisprudencia, pág. 861.

(71) Sección 4ª. Ponente: HERNANDEZ RUIZ-OLALDE. *Actualidad Civil*. 1993/4. Ref. 1.303, pág. 2.058.

dencial, lo constituye la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Madrid de 15 de junio de 1993**: *“Existe, pues la evidencia de que al margen de su ingreso en el domicilio como empleada del hogar, Doña O. y el fallecido Don P. tenían una convivencia efectiva, de unión de hecho, cuyo concepto excede de la mera tolerancia que integra el precario, de forma que si el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de Febrero de 1993 admitió la subrogación de hecho de la compañera sentimental del arrendatario por aplicación de los artículos 39.1 y 14 de la Constitución, no hay razón para no entenderlo así respecto de la ocupante de la vivienda, al menos en el marco del juicio de desahucio por precario”*⁽⁷²⁾.

Frente a esta línea Jurisprudencial, numerosas Sentencias rechazaron el argumento de la analogía, pues si bien la unión extramatrimonial no estaba contemplada, y presenta semejanzas con el matrimonio, por el contrario, le falta esa *identidad de razón*, lo cual fue confirmado por el Tribunal Constitucional, cuando señaló que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* no son “equivalentes”. Un ejemplo de este criterio, lo constituye la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de marzo de 1995**, técnicamente muy meritoria, que estima la demanda de precario entablada por los hijos del titular dominical fallecido contra la conviviente de este último, al amparo del artículo 1.750 del Código Civil, razonando que *“la mera convivencia extramatrimonial con el titular dominical de un bien no otorga al conviviente no titular, una vez que se produce el cese convivencial, título alguno para continuar poseyendo ese bien”*. Lo realmente significativo de la Sentencia es la conclusión de *“la imposible aplicación, por analogía (número 1 de art. 4 del CC), a las uniones “more uxorio” de las normas jurídicas reguladoras de la unión matrimonial, ya que falta la semejanza o identidad de razón entre la unión de hecho y la unión matrimonial, desde el momento que el examen analógico-comparativo de las uniones extramatrimoniales y las matrimoniales nos ofrecen unas considerables diferencias: así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil, las segundas no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones...; consiguientemente, la aplicación analógica a estas uniones extramatrimoniales de las normas establecidas para las matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas”*. Y llega a afirmar en su Fundamento Jurídico Octavo que *“la aplicación analógica a las uniones extramatrimoniales de la normativa matrimonial constituiría una flagrante violación del principio*

(72) Sección 9ª. Ponente: Don **A. ROMA ÁLVAREZ**. R.G.D. 1993, pág. 12.278.

de libertad individual, que constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. Pues, si en una sociedad democrática los ciudadanos son libres para elegir la forma en la que desean articular su convivencia, unión matrimonial o extramatrimonial, constituiría una verdadera estafa para la libertad individual si, después de optar por la unión extramatrimonial, se les aplicara la regulación jurídica de la unión matrimonial”⁽⁷³⁾.

Otra argumentación, obstativa del reconocimiento del beneficio legal de la subrogación, es la naturaleza *restrictiva* del artículo 58.1 de la antigua L.A.U, al afectar a derechos de terceros, como es el derecho de propiedad del arrendador. En este sentido, el párrafo segundo del artículo 4 establece que *“las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellos”*. Un ejemplo de lo dicho es la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de mayo de 1991**: *“Este derecho de subrogación constituye una limitación al derecho de propiedad del arrendador, en cuanto le impone la obligación de continuar una relación arrendaticia, pese al fallecimiento del contratante inicial, obligándole a mantener el primitivo contrato con un arrendatario distinto, que se subroga en la posición del fallecido; tiene por tanto esta norma carácter excepcional y restrictivo de derechos, lo que impide que pueda aplicarse de forma analógica a supuestos parecidos al regulado en la misma, conforme a lo preceptuado en el artículo 4.2 del Código Civil principio éste sostenido entre otras sentencias del Tribunal Supremo de 12 de Noviembre de 1959, 12 de Abril de 1989 y 6 de Febrero de 1991... Se ha de destacar igualmente que Doña DDSS y Don EPG pudieron en su día haber contraído matrimonio... por lo que no y no habiéndolo hecho por su libre y soberana voluntad, no puede pretender hoy la demandada acogerse a los derechos y consecuencias jurídicas de una institución a la que no quiso someterse... y dado que no cabe un criterio de interpretación analógica del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, procede la estimación del recurso interpuesto la revocación de la sentencia de instancia y la estimación de la demanda inicial”*⁽⁷⁴⁾. Igualmente, la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de mayo de 1992** : *“A mayor abundamiento de lo antes dicho, admitiendo hipotéticamente la existencia de una situación fáctica de pareja de hecho entre*

(73) Ponente: Don **R. BELO GONZALEZ**. *Aranzadi Civil*. 1995/885. Es sorprendente cómo la Sentencia contraviene la doctrina sentada en la STC 222/1992, que al dictarse en virtud de una cuestión de constitucionalidad, tiene eficacia *erga omnes*, de conformidad con los artículos 164.1 CE y 38.1 y 40.2 LOTC.

(74) Sección 18ª. Ponente: Don **L. PÉREZ SAN FRANCISCO**. *R.G.D.* 1991. Págs. 9254 y 9255.

el arrendatario fallecido y la demandada, tampoco ésta tendría derecho alguno a subrogarse en el contrato de arrendamiento. En efecto, el beneficio reconocido en el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos a los familiares que conviven con el arrendatario, además de ser de interpretación restrictiva (sentencias de 29 de Noviembre de 1955 y 11 de Febrero de 1964, entre otras muchas), sólo puede ser reconocido a aquellas personas que se encuentran en situación legal, conforme ha declarado la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Por ello, el señalado beneficio no puede ser reconocido, sin que ello comporte discriminación alguna respecto de personas que voluntariamente se desentienden de las normas jurídicas pudiendo no hacerlo, a uno de los miembros de una pareja de hecho”⁽⁷⁵⁾.

Respecto a la interpretación del art. 58.1 de la L.A.U conforme a la actual realidad social, bien diferente a la que contempló la *mens legislatoris* en el año 1964, y partiendo de una postura personal, habría que objetar que una cosa es interpretar la norma jurídica (art. 58) y otra, cambiarla. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Noviembre de 1934 y 24 de Enero de 1970, citadas por **DÍEZ PICAZO** y **GULLÓN BALLESTEROS**, al apostar por este criterio sociológico, reclamaron paralelamente cierta cautela “*porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad el entregar al criterio subjetivo del juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo*”. Esos mismos autores entienden que “*el elemento sociológico lo que obliga es a un ajuste de la interpretación de los preceptos, pero no a una modificación o inaplicación de los mismos*”. Pero en el fondo, y así lo reconocen, “*en el método histórico-evolutivo late implícitamente una actividad creadora de una nueva norma, adaptada a los casos no previstos por el legislador*”⁽⁷⁶⁾.

Fuera de esos argumentos, denominador común de una copiosa jurisprudencia, en ocasiones se acudió a otros razonamientos, como la ineficacia del matrimonio celebrado. Es el caso de la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de Julio de 1989**, donde se contemplaba el supuesto de una pareja que habitaba el piso arrendado que, siendo españoles, contrajeron matrimonio en Barcelona pero con arreglo a la legislación islámica, en el año 1985. Al amparo de los artículos 49.2 en relación con el 59 del Código Civil, y al no existir en aquella época acuerdo ni autorización por Ley estatal respecto a esa clase de matrimonios religiosos, la Sentencia falló que “*el referido enlace carece de eficacia legal en España y por tanto no es apto para originar*

(75) Sección 16ª. Ponente: Don **E. MENAÑA PRIETO**. F.J. 4º. R.G.D. 1992. Pág. 12.128.

(76) *Op. cit.*, págs. 201 y ss.

la subrogación arrendaticia prevista en el artículo 59 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que éste presupone la existencia de un matrimonio válido, por lo que de conformidad con la causa 11ª del artículo 114 de la misma Ley, procede dar lugar a la resolución del contrato ya que en el momento del fallecimiento de Doña Antonia no convivía con ella persona con derecho a subrogación con arreglo a la Ley..."⁽⁷⁷⁾.

Una línea jurisprudencial intermedia a las dos que se han expuestos, la constituye la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Barcelona, de 1 de Febrero de 1985**, que, inspirándose en la Disposición Adicional Décima de la Ley de 7 de Julio de 1981, reconoció el derecho de subrogación porque *"resultaba probado que entre la demandada y el arrendatario fallecido existió durante más de veinte años y hasta la muerte de este último una unión estable, de apariencia e intención íntima matrimonial; que el fallecimiento del arrendatario ocurrió antes de la vigencia de la Ley autorizadora del divorcio; que los efectos tuitivos (de la disposición Adicional 10ª) es su mens legislatoris, y en su mens legis absolutamente identificables en su aspecto de protección al miembro social más débil, con los que inspiran todas las normas de la L.A.U."*.

Argumentación original, aunque criticable, según mi modesto criterio, es la de la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Madrid de 23 de Junio de 1986**, que revoca la Sentencia del Juzgado de Distrito de Madrid, N° 6, de 19 de Abril de 1985, el cual había decretado la resolución del contrato de arrendamiento negando el derecho de subrogación a la compañera del arrendatario, con quien había tenido dos hijos, en sus 21 años de unión⁽⁷⁸⁾. Pues bien, la mencionada Sentencia expone en voz alta las dudas que le ocasiona el supuesto en cuestión, llegando a afirmar que *"esta Sala, consciente de la fricción que se produce entre la norma y la vida en el presente caso, no puede —aun deseándolo— extravasar sus facultades de interpretación, elevándolas a la categoría de modificativas o derogatorias de la norma, lo que sólo puede hacerse por otra ley"* (F.J.3º). Hasta aquí, el texto reproducido hace pensar en la negación del derecho de subrogación a la compañera sentimental del arrendatario fallecido. Pero, a continuación, y tras plantearse el por qué el arrendatario no se acogió a la Ley del Divorcio de 1981 para lega-

(77) Sección 6ª. Ponente: Don **J. RAMON Y VALLVÉ**. *R.J.C. Jurisprudencia*, págs. 883 y ss.

(78) Ponente: **ENTRENA KLETT**. Vid. Comentario sobre la misma de **FUENTES LOJO**, "La subrogación en el arrendamiento de viviendas de los unidos extramatrimonialmente" *La Ley*, 1987 - 4, págs. 572 y ss.

lizar su situación familiar, la Sentencia inicia un camino de exculpación del inquilino fallecido: “...*Un Señor como Don José —conductor de profesión—, modesto en su desenvolvimiento económico y en su nivel cultural, por ende, obviamente ajeno al mundo jurídico, sapiente sólo —por la prensa— del restablecimiento del divorcio, seguramente ignorante de sus posibilidades que a su normalidad paterno-filial le irrogaba la Ley 11/1981... temeroso de los gastos que toda consulta técnica y todo proceso conlleva... es difícil, casi imposible, que dicho señor se encontrara en aptitud para afrontar los gastos, riesgos e incomodidades ínsitos en toda contienda judicial*”. La Sentencia en cuestión, tras ponderar los artículos 10, 14, 16, 24, 32, 39 y 47 del CE, el artículo 3 del Código Civil, en sus dos apartados y la similitud del caso con la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, reconoce el derecho de subrogación *mortis causa* a la apelante.

Pero, lo criticable de esta Sentencia, a mi juicio, reside en su Fundamento Cuarto, parte final, cuando señala: “*Recordamos que el matrimonio per usum es una forma histórica de acceder al matrimonio por usucapión y que los precedentes históricos son fuente directa de nuestro derecho (art. 3.1 CC); traemos a nuestra memoria que si la adquisición del dominio y demás derechos reales es posible por el transcurso de 10 o de 20 años, según los casos (art.1.957 CC), cabe estimarse analógica la adquisición del derecho a subrogarse en el arrendamiento de una vivienda por la posesión pública del estado matrimonial durante otros tantos años, como en este caso ocurre*”. Me parece muy respetable que, de una convivencia de más de 21 años, con dos hijos, se reconozcan efectos jurídicos, como es el derecho de subrogación, pero argumentar que la convivencia entre dos personas pueda entenderse como una “*posesión de estado matrimonial*” susceptible de adquisición por prescripción es confundir el estado civil de las personas con los derechos reales.

Al margen de los procesos arrendaticios, la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Málaga, de 12 de septiembre de 1991**, contempla, en el marco del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, la oposición de la conviviente del propietario del apartamento litigioso frente a la pretensión de desalojo ejercitada por los hijos del difunto propietario, resistencia basada en que el apartamento se adquirió constante la convivencia cuasiconyugal con el fallecido. Así el art. 41.2 de la Ley Hipotecaria permite fundamentar la demanda contradictoria en “*poseer el contradictor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular...*”. La Sentencia establece que “*la simple convivencia no conlleva*

sin más la aplicación del régimen de gananciales, al no existir precepto que lo autorice, y como hemos dicho la comunidad de afecto no es sinónimo de comunidad de bienes..."⁽⁷⁹⁾.

5.3. La declaración de inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la L.A.U. del 64: ¿Un supuesto de "overruling"?

En ese oleaje contradictorio de la llamada "*jurisprudencia menor*"⁽⁸⁰⁾, se inserta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 58 de la antigua L.A.U.

Una primera línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional viene representada por el **Auto 671/1985, de 9 de Octubre**, por el que se inadmitió el recurso de amparo interpuesto por una conviviente *more uxorio*, quien alegaba infracción del principio de igualdad, al discriminar el artículo 58 de la L.A.U. entre matrimonio y unión extramatrimonial. El Tribunal Constitucional señaló que "*si hasta ahora no se han equiparado los vínculos matrimoniales a las uniones de hecho, en este terreno, nada hay que lo exija en nombre del principio y del derecho a la igualdad, sin que la actuación equiparatoria del legislador en otros supuestos prejuzgue ni obligue a tratamientos igualatorios en este caso*". No es de extrañar que el Auto inadmitiera el recurso de amparo "*por falta de contenido constitucional de la demanda*"⁽⁸¹⁾.

Este criterio fue rotundamente modificado en la trascendental **Sentencia 222/ 1992, de 11 de Diciembre**⁽⁸²⁾, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad N° 1.797/1990, promovida por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 4 de Fuengirola (Málaga), por inconstitucionalidad del art. 58.1 de la L.A.U. del 64, al contrariar lo dispuesto en los artículos 14 y 39.1 de la Constitución.

(79) Sección 4ª). Ponente: **ARROYO FIESTAS**. *R.G.D.* 1991, pág. 7.602.

(80) Esas contradicciones no son más que una consecuencia de las posibilidades limitadas del Recurso de Casación en materia de arrendamientos de vivienda, al suprimirse el **recurso de injusticia notoria**.

(81) Sala Primera, Sección Segunda. *Jurisprudencia Constitucional*, B.O.E. Tomo XIII, págs. 935 y ss.

(82) Ponente: **GIMENO SENDRA**. Votos particulares de **RODRÍGUEZ BEREIJO** y **GABALDÓN LÓPEZ**. *Repertorio Aranzadi*, págs. 1.016 a 1.043.

El Alto Tribunal parte de la consideración del beneficio de la subrogación como *“un beneficio legal que halla su fundamento en la norma de la Constitución según la cual los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1)”* matizando, a continuación, que tal figura *“se erija en imperativo constitucional, pues lo que la norma fundamental dispone es que sólo los poderes públicos aseguran la protección social, económica y administrativa y es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo tal mandato constitucional sin que ninguno de ellos resulte a priori constitucionalmente obligado”*.

Sentado ello, el Tribunal se interroga en voz alta si el reconocimiento de ese beneficio legal al cónyuge superviviente sin descendencia puede ser concebido como instrumento de protección a la familia, contestando negativamente, porque tanto *“en el concepto constitucional de la familia... como con la acepción normalizada y arraigada, en nuestra cultura, de la voz “familia”... entra también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia”*. Además, *“si no es discutible que la familia es siempre un marco de solidaridades y de dependencias tampoco lo ha de ser la calificación como protección familiar de la que se preste a quien ha convivido familiarmente y ve alterada esa realidad y sus expectativas por causa de fallecimiento de la persona con la que integraba una unidad familiar. La familia no será ya entonces el objeto, pero sí, desde luego, el fundamento de la protección dispensada por el poder público”*.

Como consecuencia de lo dicho, el propio Tribunal reconoce que el mandato constitucional de protección a la familia no *“entraña, sin más, un deber para los poderes públicos de dispensar tal amparo, indiferenciadamente y sin matices a todo género de unidades familiares...”*. Ello nos conduce directamente a la médula del artículo 39.1 C.E., ya tratado en otra parte de este trabajo, sobre la extensión constitucional del término familia, que el Tribunal Constitucional resuelve tajantemente: ***“El sentido constitucional de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la construcción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura... esa modalidad de vida familiar”***. Tras admitir la existencia de diversos modelos de familia como corresponde a una “sociedad plural”, nuestro Alto Tribunal recuerda la doctrina, ya consagrada en Sentencias como la 184/90, en materia de pensión de viudedad, que matrimonio y convivencia extramatrimonial no son ***“realidades equivalentes”***, para advertir que

de esa no equivalencia ***“no se deduce necesariamente que toda medida que tenga como destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza”***.

Llegados a este punto, el Tribunal Constitucional se plantea cuándo existe inconstitucionalidad por diferentes normaciones del matrimonio y convivencia extramatrimonial. Para dar respuesta a la cuestión, el Tribunal entiende que *“en el presente caso es discernible un elemento objetivo, de carácter fáctico, que impone la comparación entre dos usuarios legítimos de la vivienda arrendada, el viudo del arrendatario fallecido y quien con él haya convivido more uxorio, pues la Ley (art. 58 in fine) condiciona la subrogación en favor del cónyuge supérstite a la convivencia con el fallecido... La vida en común a la que se refiere el art. 58.1 in fine, no es sólo un requisito que permite aquí, como en otras regulaciones, reconocer la existencia de vínculos de dependencia y de afectividad entre el fallecido y su cónyuge, vínculos que prestan fundamento sustantivo, en este supuesto como en otros, al ejercicio de determinada facultad legal por el supérstite. Es también, junto a ello, la designación por la Ley de una precisa situación fáctica ...que la norma toma en consideración para hacer posible, mediante la subrogación, una continuidad en la ocupación de la vivienda arrendada, en la que se ha desarrollado, precisamente, dicha convivencia”*.

Pues bien, partiendo de esa situación fáctica, esto es la convivencia, denominador común al matrimonio y a la unión extramatrimonial, el Tribunal Constitucional entiende que *“la diferenciación que introduce entre el miembro supérstite de la pareja matrimonial y el que lo sea de la convivencia de hecho no sólo carece de un fin aceptable... sino que entra en contradicción además con fines o mandatos presentes en la propia Norma Constitucional”*. Subraya el Tribunal que *“esa exclusión tácita (de la unión extramatrimonial, aclaramos nosotros) no puede decirse orientado a configurar el régimen específico jurídico-matrimonial, en cuya órbita la norma no se inscribe. Tampoco se podría justificar la exclusión del (o de la) conviviente no casado por la finalidad de estimular o propiciar el matrimonio de las uniones estables, pues la radicalidad de la medida supondría coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir more uxorio, límite que la STC 184/1990 (fundamen-*

to jurídico 2º) ha trazado para las medidas públicas de favorecimiento de la familia matrimonial”.

Para el Tribunal Constitucional, las diferencias normativas entre una y otra realidad familiar, no pueden justificarse en la mayor certeza jurídica que proporciona el matrimonio, pues *“ello no puede llevar a contrariar los imperativos de igualdad (art. 14 CE) cuando de conseguir un objetivo constitucional se trata (art 39.1 CE) y ya se ha dicho que la familia es, para la Constitución, objeto de protección en sí misma y que la norma que así lo quiere no puede ser, por ello, reducida a un mero expediente para la indirecta protección del matrimonio”.*

Por último, el Tribunal justifica la inconstitucionalidad del artículo 58.1, apelando al razonamiento de que *“la subrogación arrendaticia que consideramos es una de las posibles modalidades de realización del principio rector según el cual “todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), principio que exige del legislador ...una atención específica a los imperativos que sobre él proyecta el art. 14 de la Norma Fundamental. La subrogación es disponible para el legislador, pero una vez instituida, no puede ser conferida con daño a la igualdad sin menoscabar, al propio tiempo, lo que prescribe este art. 47”.* Es el mismo argumento de la **Sentencia de la Corte Constitucional Italiana, de 7 de Abril de 1988**, al declarar inconstitucional el art. 6.1 de la Ley 392 de 27 de Julio de 1988, por no incluir al conviviente *more uxorio* a efectos de la subrogación: *“el derecho a la vivienda es un derecho social incluíble dentro de los derechos inviolables del hombre del art. 2”*⁽⁸³⁾.

El resultado de toda esta argumentación es **“la declaración de la inconstitucionalidad sobrevenida de la exclusión enjuiciada, pero no la nulidad de la regla legal... resultado éste que, sobre no reparar en nada la discriminación apreciada, dañaría, sin razón alguna a quienes ostentan, en virtud del art. 58.1 de la L.A.U., un derecho que no merece, claro está, tacha alguna de inconstitucionalidad”.** No deja de sorprender la *buena intención* del Tribunal al no declarar la nulidad del art. 58.1 de la L.A.U., a pesar de estimar su inconstitucionalidad, pues tal fallo contraviene el artículo 39.1 de la L.O.T.C., del cual se desprende, ineludiblemente, la nulidad de pleno derecho de toda norma que se declare inconstitucional. Será necesario, de *lege ferenda*, modificar el art. 39.1 de la L.O.T.C., como así se hizo con el parágrafo 31 del BVergf alemán por la *Ley de*

(83) Vid comentario sobre esa Sentencia, en **GALLEGO DOMÍNGUEZ**, “Las uniones de hecho y la subrogación arrendaticia mortis causa en el Derecho Italiano”. *Derecho y Opinión*. Nº 2. 1994, pág. 204.

21 de Diciembre de 1970, ante las llamadas *sentencias integrativas* del Tribunal Constitucional Alemán, esto es, sentencias que pretenden integrar las lagunas de la Ley, mediante un desarrollo de los principios constitucionales. Este tipo de sentencias operan en los llamados casos de *inconstitucionalidad por omisión* ⁽⁸⁴⁾. Así, la STC 222/1992, al ser inconstitucional la exclusión que hace el legislador de la unión extramatrimonial a los efectos del artículo 58.1, integra tal omisión con la extensión de ese beneficio de la subrogación a la unión extramatrimonial. Ello, a mi prudente juicio, supone una tarea de creación del Derecho donde el Tribunal Constitucional acaba por sustituir al legislador. Y con ello va mucho más allá de esa función de *legislador negativo* que le atribuyó Kelsen. El problema no es sólo que el Tribunal haya creado derecho, sino que no establece qué se debe entender por unión extramatrimonial ⁽⁸⁵⁾.

La doctrina de la STC 222/1992 se reproduce en la **Sentencia 6/1993, de 18 de Enero** ⁽⁸⁶⁾, y en la **Sentencia 47/1993, de 8 de febrero** ⁽⁸⁷⁾. Por ello no vamos a insistir sobre las mismas. No obstante, sí hacer una breve referencia, por lo particular de la situación contemplada en ella, a la Sentencia 47/1993, dictada a virtud del recurso de amparo interpuesto por quien había convivido con la arrendataria durante más de 18 años, y de cuya unión nacieron cinco hijos, al haber desestimado, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia respectiva, su pretensión de subrogación. En la instancia quedó probado que el recurrente y la arrendataria **“no contrajeron matrimonio con el fin de liberar a los hijos del cumplimiento del servicio militar, como así ocurrió”**, por lo que la conducta del demandado (hoy recurrente en amparo) no podía quedar amparada por el principio de buena fe que el art. 1 de la L.A.U. establece como base para el ejercicio de los derechos. Tras reiterar la doctrina de la STC 222/1992, el Tribunal Constitucional precisa que *“...de manera que aun cuan-*

(84) Sobre las sentencias integrativas, vid. **SAAVEDRA GALLO**, *La duda de inconstitucionalidad (Soluciones procesales, para la aplicación de la ley constitucional al caso concreto)*. Ed. El Almendro. Córdoba. 1986.

(85) *“Y esta observación pone de manifiesto, una vez más, los límites de la función de este Tribunal, cuyo carácter de legislador negativo, autorizado inequívocamente para erradicar del ordenamiento los preceptos de la Ley contrarios a la Constitución, presenta en cambio serias dificultades cuando se trata de llevar a cabo el efecto contrario, o sea el extender una norma legal a casos no previstos en la misma y que exigirla... de una regulación que sólo al legislador corresponde”*. Voto Particular de **GABALDÓN LÓPEZ** a la STC 222/1992. *R. Aranzadi*, pág. 1.043.

(86) Sala 1ª. Recurso de Amparo núm. 199/1989. Ponente: **GIMENO SENDRA**. *Repertorio Aranzadi*, págs. 69 y ss.

(87) Sala 2ª. Recurso de amparo núm. 2.730/1990. Ponente: **GONZÁLEZ CAMPOS**. Votos particulares de **RODRÍGUEZ BEREJO** y **GABALDÓN LÓPEZ**. *Repertorio Aranzadi*, págs. 497.

do el hoy recurrente de amparo hubiera querido celebrar matrimonio con la arrendataria de la vivienda, ello no habría sido posible si faltaba el acuerdo del otro componente de la pareja, a lo que cabe agregar que si bien la Constitución reconoce el derecho a contraer matrimonio, este derecho no entraña correlativamente, es obvio, un deber u obligación...” (F.J.4º). Para el Alto Tribunal, no cabe reprochar que el conviviente *more uxorio* no contrajere matrimonio, pues cualquiera que fuere la razón, “esa decisión se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas”. Vaga argumentación, pues la causa de que no se contrajere matrimonio era favorecer un fraude cual era evitar el servicio militar, máxime cuando la Constitución postula “*el deber (constitucional) de defender a España*” (art. 30.1 CE). No es de extrañar que el Magistrado **RODRÍGUEZ BEREIJO**, en su voto particular, señalara que se estaba dando el visto bueno “*a la posibilidad de una especie de matrimonio a la carta*”.

Lo realmente criticable en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la subrogación del conviviente extramatrimonial no es tanto su cambio de criterio como la falta de justificación del mismo. Frente a la doctrina sentada por la STC 222/1992, el Alto Tribunal desarrolló anteriormente otro criterio jurisprudencial al abordar el reconocimiento de la pensión de viudedad al conviviente *more uxorio*, y teniendo como eje normativo, **la Disposición Adicional 10ª, apartado 2º, de la Ley 30/1981, de 7 de julio**: “*Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente...*”. Ese criterio jurisprudencial tiene su máxima expresión en la **Sentencia 184/1990, de 15 de Noviembre**, en la cual, tras recordar que “*a los efectos de dicha pensión, la convivencia extramatrimonial fue equiparada al matrimonio en el caso en que no resultaba legalmente posible contraer este último y sólo en tanto perdurara dicha imposibilidad*” se subraya que “*el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido ni coartado porque al supérstite de una unión de hecho la ley no le reconozca una pensión de viudedad. El libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o soportar sanciones legales de cualquier índole*”. Apelando a la configuración constitucional del matrimonio (art.32 C.E.) frente a la unión extramatrimonial, que “*ni es una institución*

jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”, y proclamando su ya consabida doctrina de que matrimonio y unión extramatrimonial no son “equivalentes”, sienta la premisa de que “tales diferencias constitucionales ... pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia”. La culminación de toda esta argumentación se encierra en el siguiente texto: “El legislador puede organizar la pensión de viudedad sobre bases diferentes a las expuestas, dentro de su amplia libertad de decisión y configuración del sistema público de Seguridad Social, extendiendo en su caso dicha prestación a las uniones de hecho. Pero hemos de insistir en que una cosa es que tal decisión de ampliar el ámbito subjetivo de cobertura de la pensión de viudedad sea constitucionalmente posible, en el marco de una nueva ordenación de dicha prestación, y que desde algunas posiciones se vea como socialmente deseable, y otra bien distinta, que, por el hecho de no hacerlo así la vigente, la exigencia del vínculo matrimonial para tener derecho a la misma sea discriminatoria desde la perspectiva del art. 14 de la Constitución, pues ya se ha dicho que tal exigencia no está privada de justificación objetiva y razonable”⁽⁸⁸⁾.

No es de extrañar que la mejor crítica a este cambio de criterio jurisprudencial arranque de los votos particulares de la propia Sentencia 222/1992. Así, un primer cambio de criterio se observa cuando de la citada STC 222/1992, se deduce que el art. 58.1 es inconstitucional por ser contrario al art. 14 de la C.E. Olvida la Sentencia toda la doctrina, anteriormente señalada, referente a la diferente posición constitucional del matrimonio y unión extramatrimonial, resumida en que no son *realidades equivalentes*, y, consecuentemente, en la legalidad de los diferentes tratamientos legales para una y otra realidad familiar. Como señala el Magistrado **GABALDÓN LÓPEZ**, en su voto particular, “*las situaciones de partida (matrimonio y unión extramatrimonial) siguen sin ser equivalentes como allí se dijo y por tanto no contrario al art. 14 el requisito exigido por el art. 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Pero en cuanto a la concreta situación, el carácter diferencial se acentúa desde el punto de vista de sus consecuencias, porque la extensión del beneficio a las uniones de hecho no determinaría, como allí, simplemente la atribución de un derecho a la pensión en condiciones de igualdad sino algo bien distinto, o sea, la titularidad de un contrato en situación de prórroga legal,*

(88) Cuestión de inconstitucionalidad núm. 1.419/88. Ponente: **LEGUINA VILLA**. Votos Particulares de **GIMENO SENDRA** y de **LÓPEZ GUERRA**. Con posterioridad a esta Sentencia, se han dictado otras en idéntico sentido, como las SSTC 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 38/1991, 77/1991, 29/1992, entre otras.

frente a derechos de terceros y con evidente extensión de unos beneficios que, por su carácter excepcional, son de interpretación estricta”⁽⁸⁹⁾.

En segundo lugar, la STC 222/1992 consagra la inconstitucionalidad del art. 58.1 de la L.A.U. cohonestando la figura de la subrogación, como instituto en beneficio de la familia, con la protección dispensada por el art. 39 de la Constitución no sólo a la familia matrimonial sino también a la extramatrimonial. Para **GABALDÓN LÓPEZ**, no se puede extrapolar consecuencias que no se desprenden de su propia formulación, pues *“cuando se ha querido prever situaciones familiares dignas de protección fuera de la familia matrimonial se han formulado así expresamente: así, la igualdad de los hijos y de las madres ante la Ley, investigación de la paternidad, deber de asistencia a los hijos matrimoniales o no... Lo cual se hace asimismo en el precepto cuestionado, que entre los beneficiarios del derecho a la subrogación en los derechos y obligaciones del arrendamiento cita a los adoptivos, a los descendientes sin distinción y menciona expresamente: tanto “en el parentesco legítimo como en el natural”*⁽⁹⁰⁾.

En cuanto al fundamento del art. 47 de la Constitución, invocado por la STC 222/1992, replica **GABALDÓN LÓPEZ**, que *“en él no se formula un derecho subjetivo ejercitable directamente frente a un obligado ni sirve como fundamento para determinar la preferencia de ciertos sujetos frente a otros en la posesión de la vivienda como sería el caso, sin que el legislador hubiera establecido el régimen adecuado al efecto, regulando las condiciones necesarias y las normas para la efectividad de aquel derecho general...”*⁽⁹¹⁾. Qué paradoja: el art. 41 C.E. impone a los poderes públicos **“el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social”**, pero el Tribunal Constitucional deniega la pensión de viudedad al conviviente *more uxorio*, y a su vez pretende hacer efectivo el art. 47 C.E., vía subrogación *mortis causa*, pero a costa de los particulares.

Como colofón final a esta revisión crítica de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 222/1992, son suficientemente expresivas las palabras del Magistrado **RODRÍGUEZ BEREJO** cuando señala que *“no será fácil entender ... por qué el Tribunal Constitucional reconoce ahora (cuando lo que está en juego es una concreta limitación del derecho de propiedad y de la autonomía privada) lo que negó*

(89) Citada, pág. 1.042.

(90) Citada, pág. 1.042.

(91) Citada, pág. 1.042.

*entonces (cuando se trataba de un derecho de prestación a cargo de la Seguridad Social)". Tras advertir que hay un apartamiento de la doctrina anterior, sentada por la STC 184/1990, considerada como el **leading case**, (aunque se pretenda "disimular" en la STC 222/1992, señalando, como ya entonces también se hizo, que el matrimonio y convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos situaciones equivalentes) culmina su voto particular con la siguiente reflexión que suscribo en su totalidad: "No será necesario insistir en los graves riesgos que para la seguridad jurídica entraña un **overruling** cuando la propia Sentencia que lo lleva a cabo pretende desconocerlo y, en consecuencia, omite toda explicación razonada no sólo del cambio de interpretación constitucional, sino también, y lo que es más importante, del criterio preciso en que se fundamenta —el alcance del concepto constitucional de familia y en qué medida y cuándo esa concepción constitucional tiene que ser recibida por el Legislador ordinario en los distintos sectores del ordenamiento jurídico(civil, laboral, administrativo, tributario...) en que el hecho familiar es tenido en cuenta para una determinada regulación— así como de las oportunas modulaciones que delimiten, en la medida de lo posible, los efectos y alcance de la nueva doctrina constitucional para evitar que, expansivamente, se desborde más allá de lo previsto y querido por esta interpretación constitucional. De otro modo, se corre el riesgo de caer en el puro decisionismo o en la "**justicia del Cadí**", haciendo **justicia material del caso a través de la "optimización" a golpe de sentencia**, del principio de igualdad del artículo 14 CE en relación con el principio rector del art. 39.1 CE, de la protección social, económica y jurídica de la familia"⁽⁹²⁾.*

VI. LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS Y LA FAMILIA

6.1. Consideraciones generales sobre la familia en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.

La Ley 29/94, de 24 de Noviembre, de Arrendamientos Urbanos, principia su regulación con una distinción fundamental y que va a marcar su propio ámbito de aplicación: arrendamientos de fincas urbanas que se destinan a

(92) Citada, págs. 1.035 a 1.039.

vivienda o a usos distintos de vivienda (art. 1). Por lo tanto, el eje de la distinción legal reside en el destino o no a vivienda del inmueble arrendado. Y en su artículo 2, la Ley define el arrendamiento de vivienda como “*aquel arrendamiento que recae sobre una edificación habitable cuyo **destino primordial** sea satisfacer la **necesidad permanente** de vivienda del arrendatario*”.

Este criterio del destino de la finca urbana arrendada a *vivienda permanente* se ratifica por el artículo 7 de la Ley cuando señala que “*el arrendamiento de vivienda no perderá esta condición aunque el arrendatario no tenga en la finca arrendada su vivienda permanente, siempre que en ella habiten su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes*”. La importancia del destino a vivienda permanente alcanza su mayor expresión en el artículo 27.2 f), al configurar la ley como causa de resolución el que “*la vivienda deje de estar destinada de forma primordial a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, o de quien efectivamente la viniera ocupando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7*”.

En ese artículo 7 de la Ley 29/94 ya encontramos una primera concepción de la familia, o mejor dicho, de un determinado *modelo de familia*, la formada por los cónyuges e hijos no emancipados. Es lo que tradicionalmente se ha llamado la **familia nuclear**, excluyendo el legislador al cónyuge separado, legalmente o de hecho, y a los hijos emancipados.

Pero el concepto de familia en la nueva ley locativa es más amplio. Quizás debería decir más *plural*. A lo largo del texto legal, encontramos la expresión “*la 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...*”. Así se consagra en relación al desistimiento (art. 12), a la subrogación *mortis causa* (art.16)... etc.⁽⁹³⁾. En definitiva, con esa fórmula se está aludiendo, lisa y llanamente, tanto a las uniones heterosexuales como homosexuales.

A través de esa pluralidad de modelos de familia el legislador del 94 entronca con el artículo 39 de la Constitución y con la doctrina del Tribunal Constitucional superadora del modelo tradicional de familia basado exclusivamente en el matrimonio.

(93) Es criticable que el legislador no se haya referido a las uniones heterosexuales y homosexuales en el propio artículo 7 que se inserta en el Capítulo I del Título II que lleva la rúbrica de “Normas Generales”.

Cualesquiera que sean la razones que el legislador sopesó para reconocer la posición jurídica de la unión heterosexual y homosexual en materia de arrendamientos urbanos, una de ellas, sin lugar a dudas, se la proporcionó el artículo 47.1 de la Constitución: “*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar una vivienda digna y adecuada*”.

6 2. La unión extramatrimonial: Sus notas configuradoras.

Antes de entrar en el análisis de los caracteres de la unión extramatrimonial, considero necesario justificar en estos momentos la semántica utilizada. A veces, los términos son tan expresivos que los conceptos jurídicos, aunque no se definan, se intuyen por sí solos. Éste es el caso de las uniones extramatrimoniales. He optado por utilizar dicha expresión con el deliberado propósito de marcar diferencias, conceptualmente, con otra institución, distinta y no equiparable: el matrimonio. La unión extramatrimonial nace y se desenvuelve extramuros a un acto jurídico llamado matrimonio⁽⁹⁴⁾.

Hay que reconocer que la terminología usada para designar esta realidad llamada unión extramatrimonial es variada y, en la mayoría de los casos, perfectamente asumible. Así, el Tribunal Constitucional utiliza frecuentemente el término “*unión de hecho*”. No soy partidario de la misma, pues si bien la convivencia *more uxorio* es una situación fáctica, no es menos cierto que de la misma se desprenden efectos jurídicos que deben ser contemplados por el Derecho. Algunos autores hablan de “*unión libre*”, denominación que puede inducir a error, pues el matrimonio también es un acto libre. Por supuesto, a las alturas en que estamos, no son de recibo términos que denotan un desprecio por estas uniones —“*mancebía*”—, o una carga axiológica de ilicitud —“*concubinato*”—.

Cuando en este trabajo se habla de unión extramatrimonial única y exclusivamente se contempla la unión de hombre y mujer, esto es, la *unión heterosexual*. Matrimonio y unión extramatrimonial no son equivalentes pero ambas presentan una comunidad de elementos que, sin llegar a confundirse, se acercan. Y como el matrimonio sólo puede darse entre hombre y mujer, es por eso que excluyo de tal concepto a las uniones homosexuales. Para mí, y

(94) Como dijo CARBONNIER, “*el concubinato parece ser al matrimonio lo que el hecho es al derecho*”. *Derecho Civil*. Tomo II. *La Familia*. Ed. Presses Universitaires de France. 1991.

ése es el criterio de este trabajo, unión extramatrimonial y unión heterosexual son términos sinónimos.

A esa *heterosexualidad* se le añade la nota de la *monogamia*, o si se quiere, en sentido negativo, el rechazo de la poligamia o poliandria. E íntimamente ligado con la poligamia o poliandria se plantea el supuesto de convivientes en unión extramatrimonial y casados con otras personas, conflicto que, sin perjuicio de cada caso concreto, y a modo de regla general, debe resolverse en favor del matrimonio, pues el mismo es un derecho consagrado por el artículo 32 de la Constitución, sin necesidad de recordar, además, que la fidelidad es un deber conyugal (artículo 68 del Código Civil). Así, la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Sevilla, de 18 de junio de 1991**, desestima la pretensión de la existencia de una sociedad de gananciales cuando no existe monogamia, sino un vínculo matrimonial sin separación, ni siquiera de hecho, con otra persona, tanto ante los familiares como ante la comunidad⁽⁹⁵⁾.

Como ya se dijo anteriormente, la unión extramatrimonial nace de un acto voluntario y libre. Si se rompe esa voluntad de construir y mantener la convivencia se quiebra la *affectio maritalis*, si se permite esa expresión aplicada a la unión extramatrimonial. La mayoría de la doctrina subraya que la comunidad de vida de los unidos extramatrimonialmente se manifiesta a través de un cumplimiento *espontáneo* de los llamados deberes conyugales.

La convivencia que nace de esa *affectio* se adjetiva, si quiere ser considerada como una unión extramatrimonial, con las notas de *estable* y *continua*.

La característica de estabilidad plantea la interrogación de qué criterio tener en cuenta para aquilatar la duración o permanencia en el tiempo de esa unión y de la convivencia o relación de vida que se ha creado. Así, guiados por un mimetismo respecto del matrimonio, que nace desde que se celebra⁽⁹⁶⁾, se podría argumentar que al igual que aquél, la unión extramatrimonial no necesita una determinada duración para ser considerada como tal: existe desde que los convivientes tienen esa voluntad o *affectio* en orden a su creación y mantenimiento. Pero tal identificación no es de recibo por la tantas veces mencionada falta de equivalencia entre ambos institutos: la unión por su propia naturaleza fáctica, como un *hecho* con trascendencia jurídica, requiere constancia y prueba de su existencia.

(95) Sección 6ª. Ponente: **PIÑERO CARRION. R.G.D.**, pág. 12.895.

(96) El artículo 61 del Código Civil establece que "*el matrimonio produce efectos civiles desde que se celebra. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesario su inscripción en el Registro Civil*".

Como derivación de esa objeción, en algunas legislaciones se condiciona la consideración de esa convivencia, como verdadera unión extramatrimonial, a la exigencia de un determinado número de años⁽⁹⁷⁾. Éste es un criterio objetivo que supera el mero *voluntarismo* de los convivientes que patrocinaba el criterio anterior. No obstante, el supeditar la unión extramatrimonial a un número de años, tampoco es pacífico, argumentándose que mientras no se cumpla ese número de años, la unión extramatrimonial, entre tanto, no existiría, al menos para el mundo del Derecho. Un remedio a ello, con mayor o menor fortuna jurídica, sería darle a la unión extramatrimonial efectos retroactivos una vez alcanzado el número de años exigidos.

También la existencia de hijos puede ser una presunción de estabilidad de esa unión extramatrimonial.

En definitiva, la nota de la estabilidad expulsa del concepto de unión extramatrimonial las relaciones simplemente esporádicas.

Respecto del elemento de la continuidad, con él se significa la habitualidad del más variado catálogo de actos en que se concreta la comunidad de vida que supone toda unión extramatrimonial. No obstante, se admiten ciertas y justificadas interrupciones que, por razón de su brevedad, no permiten afirmar el cese de esa convivencia. Así lo sostengo a la luz del art. 87.2 del Código Civil, pensado, una vez más, para el matrimonio: *“La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga”*.

6.3. La novedad legislativa de las uniones homosexuales.

Como ya anticipé, la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, al afrontar la regulación de determinadas cuestiones, se refiere a *“la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orienta-*

(97) Éste es el criterio de **ESTRADA ALONSO** quien, basándose en que el plazo más largo exigido para pedir el divorcio es de cinco años, propone ese plazo, pues le parece *“un período de tiempo suficiente para acreditar la seriedad y el empeño de realización personal en ese modelo de vida. La conclusión del mismo o del que en su caso se establezca coincidirá con el nacimiento de la unión extra-matrimonial para el mundo del derecho”*. *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*. Ed. Civitas. Madrid, 1991. Pág. 76.

ción sexual", expresión dentro de la cual se comprende no sólo las uniones heterosexuales, ya expuestas, sino también las homosexuales.

Si una novedad ya supone la consideración jurídica que se hace en la nueva ley arrendaticia de la unión extramatrimonial no menos lo es el tratamiento de las uniones homosexuales. Toda la problemática y las disputas doctrinales y jurisprudenciales que en su día se plantearon respecto de las uniones heterosexuales en su confrontación con el matrimonio, se replantearán más que probablemente respecto de las uniones homosexuales.

No vamos a entrar aquí en el debate si las uniones de homosexuales constituyen un modelo de familia. Tampoco a practicar un ejercicio de valoración sociológica acerca de si las uniones de homosexuales tienen la suficiente implantación en la sociedad española para ser contempladas legislativamente. Ambas cuestiones exceden, con mucho, del objeto de este trabajo.

En un Estado de Derecho, y recogiendo las tesis de **ROUSSEAU**, la "*ley es expresión de la voluntad popular*", como así lo refleja el Preámbulo de nuestra Constitución. Y el legislador, en uso de esa soberanía, ha decidido dar un paso hacia adelante en el reconocimiento legal de las uniones homosexuales. Por lo tanto, sin perjuicio de mejores escenarios para la crítica legislativa que el presente trabajo, el debate se debe centrar en cómo se ha contemplado en la nueva ley tales uniones. Pues bien, la Ley se refiere a esas uniones homosexuales a través de un concepto jurídico indeterminado como es el de su "*orientación sexual*"⁽⁹⁸⁾. El intérprete jurídico deberá ser muy elegante a la hora de concretar ese concepto: la sombra del derecho a la intimidad es muy alargada. Difícilmente, el derecho a la intimidad (art. 18 C.E.) va a permitir una labor de investigación sobre las orientaciones sexuales de los convivientes de hecho. Entiendo que la expresión "*con independencia de su orientación sexual*" quiere significar que la unión puede existir cualquier a que fuera el sexo de los convivientes, pero sin necesidad de entrar a valorar tendencias o comportamientos sexuales. Por lo tanto, esa expresión ampara, amén de la unión ente hombre y mujer no casados, la unión entre hombre — hombre y mujer — mujer. Además, lo esencial no está en la orientación sexual de los convivientes, sino en la construcción de una *relación de afectividad* de tal entidad que sea análoga a la de cónyuge.

(98) Ya la Asamblea de Parlamentarios del Consejo de Europa aprobó, el día 2 de Octubre de 1981, una Resolución en la que recomendaba a los Estados miembros "modificar el artículo 14 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, añadiéndole la noción de *orientación sexual*...".

El paso legislativo que preconiza la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos es de una gran importancia y máxime respecto a un sector de la trascendencia social como es el de la vivienda arrendada. La Ley se suma, con tal consagración, a las recomendaciones del Parlamento Europeo, contenidas en su **Resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea, de 8 de febrero de 1994**, donde el Parlamento tras reiterar *“su convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato idéntico, con independencia de su orientación sexual”* solicita a los Estados miembros que *“se supriman todas las disposiciones jurídicas que criminalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo”* así como que *“se ponga fin al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones jurídicas y administrativas”*. A su vez, en la citada Resolución, el Parlamento Europeo solicita de la Comisión una Propuesta de Recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales, con la pretensión de poner fin a algunas situaciones, tales como:

— *“A la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales y heterosexuales.*

— *A la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres.*

— *A toda forma de discriminación en el Derecho Laboral y relativo a los servicios públicos y a la discriminación en el Derecho Penal, Civil, Contractual y Comercial.* — *A la prohibición de contraer matrimonio...*

— *A toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o criar niños...*”⁽⁹⁹⁾.

En esta misma línea, la Resolución del Parlamento Europeo, sobre **la protección de las familias y unidades familiares al final del año Internacional de la familia, de 14 de diciembre de 1994**, asume que *“las familias y estructuras familiares han cambiado en Europa y que la convivencia es mucho más diversa en los últimos años, siendo muchos los jóvenes que viven en uniones no matrimoniales antes de fundar una familia y que muchas veces viven con sus hijos sin estar casados”*⁽¹⁰⁰⁾. (Es interesante cómo la Resolución distingue entre *“familia”* y *“estructuras familiares”* concepto este último donde caben las diversas uniones que hemos comentado).

(99) Puede consultarse en DOCE, 28.2.94. N° C 61/40 a 61/43.

(100) DOCE. 23.1.95. N° C 18/96 a 99.

En nuestro Derecho, la contemplación de las uniones homosexuales es fragmentaria a la vez que escasa. No obstante, ha habido intentos de afrontar la regulación de las mismas con vocación de generalidad. Así traigo a colación, aunque la suerte legislativa de la misma es más que incierta, al menos, a breve plazo, una **Proposición de Ley**, concretamente la **122/64**, sobre **Protección social, económica y jurídica de la pareja**, de Septiembre de 1994. Llama la atención el título de la misma, que recuerda al art. 39 de la C.E., pero con un matiz, claramente deliberado, cual es que en el artículo constitucional se habla de *familia*, y, en cambio, en la citada Proposición se habla de “*pareja*”, con lo cual se ratifica la teoría del pluralismo de modelos de familia que caben en nuestra Constitución. Y por si hubiera alguna duda, el artículo 1 de esa Proposición de Ley define a la pareja como “*la unión de dos personas que convivan por análoga relación de afectividad —análoga a la conyugal—, con independencia de su orientación sexual*”. Otro tanto hace el artículo 3.1 de la citada Proposición.

El Pleno del Congreso de los Diputados, con fecha de **29 de Noviembre de 1994**, aprobó una **Proposición no de Ley**, “*instando al Gobierno a remitir a la Cámara un Proyecto de Ley sobre la regulación de la uniones de hecho, con independencia de su sexo*”⁽¹⁰¹⁾.

En materia de adopción, nuestro Código Civil admite la misma a las uniones heterosexuales, como vimos al abordar la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de Noviembre. Por el contrario, se muestra tajante sobre la posibilidad de adopción por parejas homosexuales: “*Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona*” (art. 175.4). Ello contrasta con las Recomendaciones del Parlamento Europeo anteriormente transcritas, aunque no puede perderse de vista que tal Resolución no es *vinculante* para los Estados miembros. Simplemente es un *desideratum* respecto a la política legislativa de esos Estados miembros.

Sin embargo, las recomendaciones del Parlamento Europeo han encontrado eco en el artículo 8 de la **Ley Territorial Valenciana 7/1994, de 5 de**

(101) Puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, serie D, de 5 de Diciembre de 1994. N° 169 y en el mismo *Boletín* de 26 de Julio de 1994, serie D, N° 126. La Proposición fue presentada por el Grupo socialista, siendo aprobada el 19 de Julio de 1994. No se aceptó una enmienda del Grupo Popular rechazando la posibilidad contemplada por la Proposición de adopción por parte de parejas de personas del mismo sexo.

Diciembre, sobre la Infancia, donde se admite la adopción conjunta por parejas homosexuales⁽¹⁰²⁾.

Así pues, parece que hay una tendencia legislativa, que no entro a calificar, en orden al reconocimiento de las uniones homosexuales y de la eficacia jurídica a las relaciones que tienen entre sí y respecto de terceros.

El debate está abierto, aunque el propio legislador se está encargando de cerrarlo. Al menos así lo ha hecho en un sector determinado, como es el de los arrendamientos urbanos, donde reconoce y ampara derechos a la unión homosexual. El hábito del principio constitucional de igualdad parece impulsar ese proceso legislativo.

No obstante, hay campos normativos donde el reconocimiento a la unión homosexual de determinados derechos es una cuestión más que complicada. Y es que tal reconocimiento va más allá de un mero cambio legislativo para implicar, verdaderamente, un cambio cultural. En ello reside lo problemático de los intentos legislativos al respecto. Basta pensar en el vidrioso problema del derecho a contraer matrimonio entre homosexuales. En nuestra civilización, y digo bien, el matrimonio sólo cabe entre el hombre y mujer. Así se desprende del artículo 32 de la Constitución. Otro tanto, el artículo 44 del Código Civil. Abundando más en el tema, y en ese último cuerpo legal, hay un artículo que, a primera vista, puede parecer de una gran *inocencia legislativa* pero en realidad es todo lo contrario. Es el artículo 45.1: “*No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*”. Podría alegarse la redundancia que suponen las expresiones “matrimonio” y “matrimonial”. Podría argüirse, no sin cierta razón, que al artículo le sobra el adjetivo *matrimonial* pues nada añade si, por ejemplo, el mismo fuere del siguiente tenor: “No hay matrimonio sin consentimiento”. Pero, a mi juicio, si hay una palabra *intencionadamente* colocada en nuestro Código Civil, ése es el adjetivo “matrimonial” de su artículo 45.1: Ni más ni menos, con ese adjetivo el legislador quiso significar que sólo cabe el matrimonio entre un hombre y una mujer y que ese consentimiento no es un consentimiento cualquiera, como puede ser el que se presta en un contrato de compraventa o de préstamo hipotecario... No, rotundamente, no. Ese consentimiento debe ser “matrimonial”, y ése sólo puede prestarse por un hombre y una mujer.

(102) Un ejemplo más de la rápida evolución del Derecho de familia. La reforma del Código Civil en materia de adopción se realizó por la Ley 21/1987, de 11 de Noviembre. En apenas más de ocho años, los criterios legislativos son bien diferentes.

6.4. La prueba de las uniones extramatrimoniales.

Como ya se ha dicho con anterioridad, la unión extramatrimonial y, por ende, la homosexual, trascienden de la formalidad y solemnidad del matrimonio. Este existe desde que se celebra y, además, goza de la publicidad que le otorga el Registro Civil (art. 61 del Código Civil). Por el contrario, la convivencia *more uxorio*, necesariamente estable y continua, debe probarse. Estas uniones se desenvuelven en el mundo de los hechos sin perjuicio de su trascendencia jurídica. Cuando algunos autores las denominan “uniones libres”, se están refiriendo precisamente a la libertad de forma que preside su constitución. En consecuencia, la propia naturaleza de estas uniones les impone la servidumbre de su prueba. Como dice **GARRIDO DE PALMA**, *“existen diferencias entre el “menage de fait” y la unión extramatrimonial: aquél requiere unión sexual, al menos —señala VALLET— en sus primeros años hasta que la edad aleja la pasión; requiere cierta duración (¿cuánta?) para demostrar que no se trata simplemente de una aventura; y finalmente, vida convivencial que concluye en cuanto ésta deja de existir. Nótese —expone VALLET siguiendo a RODIERE— que estas características son más severas que las fácticas de un verdadero matrimonio”*⁽¹⁰³⁾.

La prueba de estas uniones constituye un presupuesto necesario para disfrutar los derechos que la legislación les reconoce, especialmente, cuando se podrían afectar derechos de terceros. Basta pensar en el ejercicio del derecho de subrogación *mortis causa* del artículo 16 de la Ley 29/94, donde están en juego los derechos de las demás personas beneficiarias de ese derecho, y, por supuesto, los derechos del arrendador. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su **Sentencia 22/1992, de 11 de Diciembre**, establece que *“sin duda que la unión de carácter matrimonial proporciona a terceros una certeza jurídica nada irrelevante cuando del ejercicio de derechos frente a particulares se trata, como aquí es el caso, certeza mucho más débil —hasta el extremo, eventualmente, de requerir prueba— en el caso de la unión more uxorio, carente, por definición, de toda formalidad jurídica, pero esta consideración no da razón bastante para la diferenciación que enjuiciamos...”*, y a continuación matiza esa exigencia de prueba: *“Es, sobre todo, de inexcusable consideración que la mera procuración de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 CE) cuando de conseguir un objetivo constitucional se trata (art. 39.1 de la propia norma constitucional) y*

(103) *Op. cit.*, pág. 23.

ya se ha dicho que la familia es, para la Constitución, objeto de protección en sí misma y que la norma que así lo quiere no puede ser, por ello, reducida a un mero expediente para la indirecta protección del matrimonio” (F.J. Sexto).

No pretendo hacer aquí un elenco agotador de los medios utilizados en la probanza de las uniones extramatrimoniales. Sería estéril pues nada aportaría al catálogo de medios de prueba admitidos en Derecho. Hecha esta advertencia, sólo indicar algunos recursos probatorios valorados por la Jurisprudencia respecto de estas uniones, pues cualquiera que fuere la materia litigiosa (alimentos, pensiones, disolución patrimonial...) toda unión extramatrimonial deberá comenzar por probar su existencia.

Así los contratos que celebraren los convivientes entre ellos o con terceros constituyen un elemento de prueba. Si se formalizan en documentos privados, la fecha de los mismos sólo surtirá efectos frente a terceros en los términos del artículo 1.227 del Código Civil. No hay, pues, especialidad en esta materia, lo cual no significa relativizar los problemas que en la práctica ocasionan tales contratos.

Otro medio de prueba lo constituye el Padrón Municipal. A él se refiere el artículo 62 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por el R.D. 1.690/1986, de 11 de Julio: “1. *El Padrón Municipal, documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos, es la relación de los residentes y de los transeúntes inscritos en el término municipal.* 2. *Sus datos constituirán prueba plena de la residencia y clasificación vecinal de los habitantes de cada término, y se acreditarán por medio de certificaciones expedidas por el Secretario del Ayuntamiento.* 3. *Sólo tendrán el carácter de residentes, vecinos y domiciliados, de cada municipio, los que como tales aparezcan inscritos en el Padrón*”. Constituye, pues, un instrumento privilegiado para probar la convivencia y además en un determinado y común domicilio.

También se suele aportar a los procesos, a efectos probatorios de tales uniones, informes de la respectiva Policía Local.

A partir del año 1994, han proliferado la creación de Registros Administrativos donde inscribir estas uniones. Fue el Ayuntamiento de Vitoria, a través del Decreto del Sr. Alcalde, de 28 de febrero de 1994, el que inauguró en nuestro país dichos Registros⁽¹⁰⁴⁾. En el ámbito de nuestra Comunidad

(104) Vid Boletín *Oficial del Territorio Histórico de Álava*. N° 30, de 11 de Marzo de 1994. El citado Decreto fue desarrollado por Resolución de 14 de marzo de la Concejala Delegada de Presidencia e Intervención Social, sobre organización y funcionamiento del Registro Municipal de Uniones Civiles.

Autónoma de Canarias ⁽¹⁰⁵⁾, en la Ciudad de Gáldar, por **Decreto del Sr. Alcalde de 16 de Marzo de 1994**, se creó el **Registro Municipal de Uniones Civiles**. El artículo 2 del meritado Decreto señala que *“en el Registro Municipal de Uniones Civiles se inscribirán las declaraciones de constitución de uniones no matrimoniales de convivencia entre parejas, incluso del mismo sexo, así como las de terminación de esa unión, cualquiera que sea la causa”*. En su artículo 3 se exige que los miembros de las parejas sean *“mayores de edad o menores emancipados, no estar declarados incapaces y no ser entre sí parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral. Al menos uno de los miembros de la unión deberá estar empadronado en el municipio de Gáldar”* ⁽¹⁰⁶⁾. En cuanto al acceso a dicho Registro de los pactos y convenios de los convivientes, el artículo 2.B) admite. *“la inscripción, mediante transcripción literal, de los contratos reguladores de las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros de esas uniones”*, pero en ningún caso la inscripción de los mismos en el Registro Municipal de Uniones Civiles los convierte en públicos pues *“el acceso al Registro Municipal de Uniones Civiles quedará limitado exclusivamente a la expedición de certificación de sus asientos a instancia de cualquiera de los miembros de la unión interesada o de los Jueces y Tribunales de Justicia”* (art. 4).

Resulta loable la creación de este tipo de Registros por los Municipios, pues al fin y al cabo, éstos *“para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, pueden promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”* (art. 25 de la Ley de 2 de Abril de 1985, de Bases de Régimen Local). Pero tampoco se ha de exagerar la prueba que proporcionan tales Registros. Su valoración jurídica no es superior a la que puedan proporcionar las certificaciones del Padrón Municipal. Se debe tener bien claro que la inscripción de las uniones extramatrimoniales en estos Registros no constituye un estado civil. El artículo 325

(105) Hay Comunidades Autónomas, como la Asturiana, que también han creado estos Registros. Vid Decreto 71/1994, de 29 de Septiembre del Gobierno Asturiano, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias (B.O.P.A. de 28 de Octubre de 1994). Igualmente, el Decreto 250/1994, de 7 de Diciembre, del Gobierno Valenciano (D.O.G.V. de 16 de Diciembre de 1994), por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana.

(106) A mi juicio, la exigencia de no haber sido declarado incapaz resulta peligrosa. Téngase en cuenta que el artículo 58.2 del Código Civil señala que *“si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”*, de lo que se colige que en el incapaz, en un intervalo de lucidez mental, y por tanto, con la capacidad suficiente para entender y querer, puede contraer matrimonio.

del Código Civil señala que “*los actos concernientes al estado civil de las personas se harán constar en el Registro destinado a este efecto*”. Y ése no es otro que el Registro Civil, cuyas “*actas constituyen la prueba del estado civil*”, según los artículos 327 del Código Civil y 2 de la Ley de Registro Civil. Y como al Registro Civil sólo puede acceder el matrimonio y no las uniones extramatrimoniales, únicamente aquél es estado civil (art. 9 de la L.R.C.). En este sentido, me parece un *exceso reglamentario* el artículo 5 del Decreto del Sr. Alcalde de Gáldar, cuando establece que “*en el Ayuntamiento de Gáldar, todas las uniones no matrimoniales de convivencia inscritas en el Registro Municipal de Uniones Civiles tendrán la misma consideración jurídica y administrativa que las uniones matrimoniales*”. Y así lo considero porque no se puede equiparar matrimonio con las uniones extramatrimoniales vía Decreto Municipal, pues tal equiparación sólo la puede hacer el legislador estatal, a virtud del artículo 149.1, cuando atribuye al Estado “*competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales*”. Además, en el punto 8 del mismo artículo, se atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de “*legislación civil...*”. En este sentido, el citado artículo 5 crea una discriminación irrazonable al distinguir entre las uniones extramatrimoniales inscritas en dicho Registro y las que no lo estén, las cuales parece ser que no podrán disfrutar de esa equiparación *sui generis* que hace el Reglamento Municipal. Todas estas uniones, llamadas por el Decreto municipal **civiles** ⁽¹⁰⁷⁾, son iguales, estén o no inscritas en el citado Registro.

(107) Esta denominación tampoco la considero expresiva pues el matrimonio es también una unión civil.

VII. EL DERECHO DE SUBROGACIÓN DE LAS UNIONES EXTRAMATRIMONIALES EN LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

7.1. Aproximación al nuevo derecho de subrogación *mortis causa*.

La Ley 29/1994, de 29 de Noviembre, de Arrendamientos Urbanos, afronta la regulación del derecho de subrogación "*mortis causa*" en el artículo 16, cuyo apartado primero consagra seis posibles beneficiarios de la subrogación.

Respecto de los mismos, "*si al tiempo del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el arrendamiento quedará extinguido*" (art. 16.1 *in fine*) con lo cual se confirma la tesis de que no es un derecho que forma parte del caudal relicto del arrendatario fallecido. Pero habiendo varias personas, podría suceder que no hubiere *acuerdo unánime* sobre quién de ellos será el beneficiario de la subrogación, concurrencia que se resuelve atendiendo al *orden de preferencia* sentado por el propio artículo 16.1, sin perjuicio de ciertas excepciones que impone el apartado segundo del citado artículo. Para el caso de que "*el arrendador recibiera en tiempo y forma varias notificaciones cuyos remitentes sostengan su condición de beneficiarios de la subrogación, podrá considerarles deudores solidarios de las obligaciones propias del arrendatario, mientras mantengan su pretensión de subrogarse*" (art. 16.3 *in fine*).

El objeto del presente trabajo se limita al análisis jurídico del derecho de subrogación "*mortis causa*" de las uniones extramatrimoniales. No pretende, pues, configurarse como un estudio en general de ese beneficio legal. Habiéndolo limitado a las uniones extramatrimoniales, precisamente el artículo 16 establece que "*en caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato*:"

a) *El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él.*

b) *La 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 durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.*

c)..."

Se consagra así, por un lado, el derecho de subrogación del cónyuge supérstite, y por otro, el de la unión extramatrimonial, tanto de la heterosexual como de la homosexual⁽¹⁰⁸⁾.

Haciendo un breve repaso de la gestación parlamentaria de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, el artículo **14.1 del Anteproyecto de 1 de Junio de 1992** establecía que “*en caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato:*

b) La persona que al tiempo del fallecimiento haya convivido como cónyuge con el arrendatario durante al menos tres años, o un año, si han tenido descendencia común”⁽¹⁰⁹⁾.

En el **Anteproyecto de Ley de 14 de Septiembre de 1993**, su artículo 16 señalaba la subrogación *mortis causa* en favor de “*la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario como cónyuge durante al menos los dos años anteriores al tiempo de fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común en cuyo caso bastará la mera convivencia si dichos descendientes convivieran en la finca arrendada al tiempo de fallecimiento del arrendatario*” (art. 16.1.b)⁽¹¹⁰⁾.

Esta redacción se mantiene, tal cual, en el **Proyecto de Ley de 28 de enero de 1994**⁽¹¹¹⁾.

De esos antecedentes parlamentarios, interesa destacar, en primer lugar, cómo el legislador, a la hora de esbozar este derecho de subrogación *mortis causa*, ubica en diferentes apartados al cónyuge supérstite del arrendatario y al conviviente *more uxorio*. En el fondo de esta distinta sistemática late la doctrina del Tribunal Constitucional de que no son realidades equivalentes.

Y la prueba de que no son equivalentes se traduce en la exigencia de un determinado plazo para la subrogación del unido extramatrimonial.

Igualmente, destácase cómo en los Anteproyectos y Proyectos de Ley sólo se reconoce el derecho de subrogación respecto de la unión heterosexual. Por lo tanto, lo relevante de la redacción actual del art. 16 de la Ley

(108) Sin renunciar a lo aquí defendido, esto es, la nota de la *heterosexualidad* como una de las que caracterizan una verdadera unión extramatrimonial, la dicción del art. 16.1 b) de la nueva L.A.U., me obliga, a partir de ahora, y en las páginas sucesivas de este trabajo, a utilizar el término *unión extramatrimonial* en un sentido amplio, comprensivo de toda pareja de hecho, bien heterosexual bien homosexual.

(109) Puede consultarse en *TAPIA* N° 65. Octubre de 1992.

(110) Puede consultarse en *TAPIA* N° 72. Octubre de 1993.

(111) Proyecto de Ley 121/000041. *B.O.C.G.* de 21 de febrero de 1994.

29/94 es que también ampara a las uniones homosexuales, reconociéndoles efectos jurídicos, en este caso, el beneficio de la subrogación, al margen de su imposibilidad de contraer matrimonio.

7.2. Subrogación “*mortis causa*” y contrato de arrendamiento: De la titularidad formal a la “titularidad familiar”.

El artículo 58 de la L.A.U. de 1964 condicionaba la subrogación *mortis causa* “al fallecimiento del *inquilino titular* del contrato de arrendamiento...”. Por el contrario, el artículo 16 de la Ley 29/94 precisa que “*en caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato...*”. Pero, ¿quién es el arrendatario? ¿Es sólo arrendatario quien firma el contrato de inquilinato? Centrándonos en las uniones extramatrimoniales, no se plantean mayores problemas cuando el contrato de inquilinato fue suscrito por uno de los convivientes antes de comenzar la unión, o cuando se formalizó por las dos personas unidas extramatrimonialmente o por uno de ellos en nombre del otro, y así se hace constar en el mismo, lo cual tiene la virtualidad de que el arrendador no podrá negar desconocer la unión, a salvo siempre los supuestos de falsedad. Lo problemático, desde una perspectiva jurídica, resulta cuando el contrato es suscrito por uno sólo de los convivientes constante la unión extramatrimonial.

La cuestión no es gratuita, como lo demuestran las numerosas demandas y sentencias por precario: Muerto el inquilino titular del arrendamiento, el otro conviviente no pasaba de ser un mero *extraño*, en definitiva, un *tercero* ajeno a la relación arrendaticia.

Entiendo que por encima de la *titularidad formal* de quien firma el contrato de arrendamiento se debe alzar la “*titularidad familiar*”, expresión ésta que entresaco de la **Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1986, de 31 de octubre**: “...*Los dos cónyuges ostentan y tienen atribuido el derecho que el contrato de arrendamiento configura. Igual atribución, por otra parte y para situaciones normales —no para la traumática separación del art. 96 del Código Civil— establece el art. 1.320 del mismo Código, al exigir el consentimiento de ambos cónyuges (o en su caso del Juez) para disponer aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de ellos. Normas ambas que responden a la moderna tónica legal de protección del interés común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario*”⁽¹¹²⁾.

(112) Vid, también, SSTC 126/1989, de 12 de julio y de 6 de octubre de 1989. A nivel doctrinal, **SOLSONA I CAMPS**, “Los derechos arrendaticios del cónyuge no titular y su protección en los casos de conflicto conyugal”. *La Ley* 1991/3, págs. 979 a 985.

La *titularidad familiar* es una consecuencia de la naturaleza “consorcial” del contrato de arrendamiento. Se puede objetar que esta cotitularidad se aplica, por la Sentencia comentada, a los supuestos de crisis del matrimonio, y, por tanto, no aplicable por analogía a la unión extramatrimonial. No será necesario acudir a ese remedio técnico, pues la nueva Ley arrendaticia nos proporciona pretextos suficientes para defender tal planteamiento.

Uno de esos argumentos es el artículo 12.1 de la nueva Ley, cuando señala que “*si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge*”. Igual solución adopta el párrafo tercero para el caso de que “*el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación*”.

El artículo 12 de la nueva L.A.U. demuestra la existencia de una **codisposición** respecto de los derechos arrendaticios, por otro lado, ya anunciada por el artículo 1.320 del Código Civil, aplicable cualquiera que fuere el régimen económico matrimonial, y por tanto, sin acudir a categorías propias del régimen ganancial.

Pues bien, ese mismo criterio legal se extiende, en el párrafo cuarto del artículo 12, “*en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia*”. Se demuestra que la disposición de derechos sobre la vivienda arrendada, en cuanto **vivienda familiar**, sólo puede efectuarse con la voluntad común de los dos unidos extramatrimonialmente, con independencia de la titularidad formal. Ésta debe dejar paso a la *titularidad real*, o sea, la de los dos cónyuges o unidos extramatrimonialmente. Y hablamos de *titularidad familiar* pues, al fin y al cabo, el arrendamiento se concierta con la finalidad de construir y desarrollar en esa vivienda (arrendada) el correspondiente “modelo de familia”, ya matrimonial, ya extramatrimonial: “*Es evidente que en el caso presente no se puede negar a la que recurre... su derecho de posesión arrendaticia adquirido mediante contrato suscrito por su marido (alquiler de vivienda para uso familiar), el cual, aunque fuera el único firmante del contrato, no por eso puede ostentar la exclusiva ni de la titularidad, ni de la posesión, obviamente posesión común o coposesión... Será, sí, la del marido, una titularidad for-*

mal... pero sin que eso suponga que en su ejercicio pueda disponer del derecho que el título le concede con desprecio o menoscabo de otros intereses legítimos y menos de los cotitulares materiales (esposa e hijos) ”⁽¹¹³⁾.

Por lo tanto, cuando en el artículo 16 de la nueva L.A.U. se habla del fallecimiento del arrendatario, se ha de superar la concepción del *inquilino titular* del contrato de arrendamiento, pues ambos son “titulares”, mejor dicho, **cotitulares**, o si se quiere, **coposeedores**: el unido extramatrimonial, no firmante del contrato, tiene un derecho a la posesión de ese inmueble arrendado. Por lo tanto, tampoco es que el firmante pierda la titularidad arrendaticia. Simplemente, ésta deja de ser exclusiva de él. Consecuentemente, con la nueva Ley se destierra la posibilidad procesal de desahucios por precario respecto del unido extramatrimonialmente no firmante del contrato, pues ya no es un tercero.

La tesis de la “titularidad familiar” palpita en algunas Sentencias, como la de la **Audiencia Provincial de Madrid, de 16 de mayo de 1994**: “...Así pues, no careciendo de trascendencia la unión de hecho, a la que, como se ha dicho, se le reconocen en puntuales supuestos determinados efectos, y siendo reiterada y conocida la Jurisprudencia que atribuye a los cónyuges una **cotitularidad** en el arriendo aunque sólo sea uno quien firme el contrato y ostente una titularidad formal, generando un derecho de ocupación de todas las personas que del inquilino dependan... este Tribunal no puede ahora, con las limitaciones propias de este procedimiento, decidir sobre el derecho de las partes ni dar lugar a la demanda, con los graves efectos ejecutorios que comporta...”⁽¹¹⁴⁾.

Además, del planteamiento aquí defendido, se desprenden algunas consecuencias recogidas en la nueva Ley y en ocasiones anticipadas por una plausible corriente jurisprudencial. Me refiero a aquellos casos en que la unión extramatrimonial se constituye durante la vigencia del contrato de arrendamiento, lo cual planteó numerosos problemas de **cesión o subarriendo inconsentido**, anudando, no pocas veces, consecuencias resolutorias, de conformidad con el artículo 114.2ª y 5ª de la L.A.U. del 64. Son todos los supuestos en que un nuevo conviviente extramatrimonial se incorpora a la vivienda arrendada por el otro conviviente, a la sazón, titular del contrato locativo. En estos casos, ¿la titularidad se *comparte* con el otro conviviente, o éste queda reducido a la consideración de extraño?

(113) Sentencia cit., F.J. 6º 114, Ponente: **GOMEZ RICO**. *Aranzadi Civil*. Marg. 841.

(114) Ponente: **GOMEZ RICO**. *Aranzadi Civil*. Marg. 841.

En materia de subarriendo, son excepcionales, por las fechas en que fueron dictadas, las Sentencias del entonces **Juzgado Municipal Nº 14 de Barcelona, de 15 de Julio de 1961**, y la del Nº 9 de los de igual clase, también de Barcelona, **de 12 de Marzo de 1966**, que declararon no existir la figura del subarriendo, máxime la vigencia del adulterio. Por supuesto, ambas Sentencias fueron revocadas. Así, y respecto a la estimación de la apelación interpuesta contra la primera Sentencia mencionada, la **Audiencia Provincial de Barcelona**, en su **Sentencia de 23 de noviembre de 1961**, señaló que *“la Ley de Arrendamientos Urbanos no permite que conviva con el inquilino persona extraña y menos que al amparo de aquélla pueda invocarse una **relación ilícita de concubinato** para que, excluyendo la existencia del subarriendo, pueda evitarse la pérdida de la vivienda por el inquilino”*.

El transcurso del tiempo y la evolución social permitió una corriente jurisprudencial en la que se insertan Sentencias como la de la **Audiencia Provincial de Bilbao, de 22 de junio de 1989**, que partía de un contrato con una cláusula del tenor literal siguiente: *“Las arrendatarias notificarán cualquier mutación personal, es decir, no podrán introducir ninguna persona no firmante en el presente contrato sin permiso escrito de la parte propietaria”*. Pues bien, la Sentencia, que decretó el desahucio por subarriendo inconcuerdo al no probarse la unión extramatrimonial, estableció que *“el orden público... ha de ser interpretado y aplicado de acuerdo con el total ordenamiento jurídico y vivencia socio-cultural de nuestro país e integrado por los principios de derecho públicos, privados, políticos-sociales, morales e incluso religiosos vigentes que amparan... su presencia (la de las uniones extramatrimoniales), de tal suerte que en tales casos la cláusula citada aparece viciada al transgredir los límites de la autonomía de la voluntad”*⁽¹¹⁵⁾. En la misma línea, la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de febrero de 1992**, donde se contempla el caso de una arrendataria que, en un momento dado, introduce en la vivienda alquilada a su compañero sentimental con quien construye una unión estable y continuada, ejerciendo aquél la profesión de Abogado en dicha vivienda: *“...Circunstancia que no se da en este supuesto, en el que no ha transmitido la posesión del goce o uso de una parte de la cosa arrendada, que sigue usando entera y sin limitación conocida la arrendataria, que al tiempo de contratar el arrendamiento ya había constituido una relación personal estable con el supuesto subarren-*

(115) Sección 2ª. Ponente: **CASERO ALONSO**. R.G.D. 1989, pág. 6981.

datario, al que en razón a dicho vínculo sentimental ha acogido en su casa..." (116).

En cuanto a la posibilidad de **cesión inter vivos** del contrato al conviviente *more uxorio*, la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Asturias, de 11 de mayo de 1994**, no consideró subarriendo ni cesión incontestada la convivencia marital de la arrendataria con otra persona, "*pues siendo evidente que no existe subarriendo, al no mediar precio, tampoco cabe apreciar que se está en presencia de una cesión... pues estas situaciones no presuponen la transferencia del derecho de uso o goce adquirido en virtud del contrato, sino un ejercicio por medio de la persona unida por esa vinculación afectiva, que incluso puede llegar a tener dimensión familiar*" (117).

No obstante, hay sentencias como la de la **Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 de diciembre de 1992**, que contemplando una unión extramatrimonial de más de diez años, decreta la resolución por cesión incontestada pretextando que "*no le es indiferente al arrendador... tener por inquilino a una persona o a un tercero...; porque en una materia en que el legislador tuvo que poner unos límites relativamente artificiales (por ejemplo omitiendo colaterales no hermanos por más tiempo que llevaran conviviendo en el art. 24) no parece apropiada una interpretación extensiva a situaciones de contenidos menos transparentes*" (118).

Hoy la cuestión no plantea o no debería plantear mayores problemas pues el artículo 8.1 de la ley 29/1994 exige el consentimiento escrito del arrendador para el caso de cesión del contrato de arrendamiento. Ya no se distingue entre *cesión a título oneroso* y a *título gratuito*, la cual requeriría el consentimiento del arrendador (art. 23 de la L.A.U. del 64), con la excepción de la que se hiciere al cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos legítimos o naturales y adoptados, que no necesitaba el consentimiento del arrendador pero sí su notificación (art. 24 de la L.A.U. del 64). Además, al contemplar la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos las uniones extramatrimoniales (heterosexuales y homosexuales) en materia tales como el desistimiento (art. 12), la subrogación *mortis causa* (art. 58), obras de mejora en caso de minusvalía (art. 24) etc..., sería un contrasentido jurídico considerar a tales personas como subarrendatarios o cesionarios. Éstos ya no son terceros. Son titulares (*reales*) del contrato de inquilinato.

(116) Sección 10ª. Ponente: **ZAPATER FERRER**. *Aranzadi Civil* 1992/324.

(117) Sección 4ª. Ponente: Sr. **Tuero Aller**. *Actualidad Civil*. 1994. Marg.(a) 1745.

(118) Sección 16ª Ponente: D. **AGUSTIN FERRER**. *Revista Jurídica de Catalunya*. 1993, pág. 329.

Al defender aquí la concepción de la *titularidad familiar*, sin perjuicio de posturas contrarias, rechazo que esa *coposición* sea sinónimo de *ganancialidad* del arriendo, máxime cuando en las uniones extramatrimoniales, la simple convivencia no conlleva sin más la aplicación del régimen de gananciales, al no existir un precepto que lo autorice (1.344 y ss C.C.) o lo presuma (1.316 C.C.)⁽¹¹⁹⁾. Y por ese “*derecho a la posesión*”, tampoco cabe que el inquilino titular del contrato desahucie por **precario** a su conviviente extramatrimonial.

Aunque la Jurisprudencia no se ha pronunciado sobre la titularidad del contrato de arrendamiento en relación a las uniones extramatrimoniales, la doctrina de la **coposición**, inaugurada por la STC 135/1986, es aplicable tanto al matrimonio como a aquellas uniones. Sostener la *ganancialidad* del arriendo supondría, a efectos de subrogación arrendaticia *mortis causa*, que el cónyuge viudo se subrogaría por su titularidad ganancial, sin que se le compute ninguna subrogación, a diferencia del unido extramatrimonial, que se subrogaría en virtud de un derecho propio, y otorgado directamente por la Ley, agotando así un primer llamamiento. Y eso es una diferencia irrazonable. (La cuestión, hoy, se relativiza pues la nueva legislación no restringe el número de subrogaciones, a diferencia de la antigua Ley del 64 y del nuevo régimen transitorio de la Ley 29/1994).

7.3. Los beneficiarios de la subrogación *mortis causa*: unión heterosexual y unión homosexual.

El artículo 16 de la nueva L.A.U. consagra como uno de los seis beneficiarios del derecho de subrogación *mortis causa*, a “*la 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, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia*”. Como hemos dicho, tal fórmula legal comprende tanto a las uniones heterosexuales como las homosexuales.

(119) ¿Cabe presumir la aplicación del régimen de gananciales a una unión extramatrimonial, que no lo ha pactado, en aquellos territorios forales que rige el mismo, como Cataluña y Baleares? En este sentido, SAP de Barcelona de 13 de 1991 (R.G.D. 1992, pág. 3.312) y SAP de Mallorca, de 31 de enero de 1989 (R.G.D. 1990, pág. 699).

Las definiciones, en no pocas ocasiones, corren el riesgo de simplificar los institutos jurídicos. Si tuviera que dar una, me escondería detrás de la que nos proporciona la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Madrid, de 22 de marzo de 1995**: “*Por unión extramatrimonial, libre convivencia more uxorio o familia de hecho debe entenderse la convivencia entre un hombre y una mujer, con plena capacidad jurídica de obrar, de carácter estable y público, que, sin haber contraído matrimonio entre sí, desarrollan un modelo de vida que coincide con el que acostumbra a realizar los cónyuges*”⁽¹²⁰⁾.

La Sentencia anterior expresa un consenso doctrinal y jurisprudencial sobre una de las notas que caracterizan a una verdadera unión extramatrimonial como modelo de familia: la *heterosexualidad*. Todas las Sentencias que hasta aquí se han reseñado, contemplan, cuando hablan de unión extramatrimonial, o unión de hecho..., a la unión de hombre y mujer. Estas uniones se explican como un supuesto de convivencia *more uxorio*, precisamente, por su semejanza con el matrimonio. Y éste sólo puede existir entre el hombre y mujer: “*En efecto, fundada la pareja de hecho en una situación similar a la del matrimonio, es decir, fundada en el **more uxorio**, el reconocimiento de tal situación sólo puede hacerse respecto de aquellas **parejas bisexuales** que mantienen una relación pública semejante a la del matrimonio por cuanto que internamente se comportan como si realmente lo fueran, de manera que podría hablarse de la necesidad de concurrencia de los tres requisitos clásicos de **nomen, tractatus y fama** exigidos legalmente para considerar que una persona tiene un determinado **status***”⁽¹²¹⁾.

Después de lo visto, al amparar la expresión “*con independencia de su orientación sexual*” las llamadas uniones homosexuales, reconociéndoles el derecho de subrogación *mortis causa*, el legislador del 94 rompe con la corriente doctrinal y jurisprudencial dominante para recoger los nuevos vientos legislativos que soplan desde el Parlamento Europeo.

Llama la atención, no obstante, cómo la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos ha tenido una gestación bastante prolongada, con sucesivos Anteproyectos y Proyectos de Ley, y sólo a muy “última hora”, valga la expresión, el legislador se ha “atrevido” a reconocer efectos legales a dichas uniones de homosexuales. Basta tener en cuenta que en el Proyecto de 28 de enero de 1994 no se recogía, ni por asomo, la actual redacción del art. 16.1.b). Es más,

(120) Sent. cit.

(121) Sent. cit, R.G.D. 1992, pág. 12.128.

de su tenor se comprueba que sólo se amparaba a las uniones extramatrimoniales (heterosexuales).

Esta limitación del derecho de subrogación *mortis causa* a las uniones extramatrimoniales mereció la crítica de algún sector de la judicatura, “*pues sólo se extiende el beneficio —de subrogación mortis causa— al que hubiera vivido como cónyuge, lo que supone una relación marital heterosexual, con lo que se estaría discriminando sin razón, no sólo a las parejas homosexuales, sino a otras formas de convivencia igualmente válidas y estables, sin ningún tipo de interés sexual*”⁽¹²²⁾.

Años atrás, y no precisamente muchos, sería impensable sentencias como la de la **Audiencia Provincial de Barcelona, de 25 de mayo de 1995**. Sin hipervalorar su importancia, pues se ha dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/94, la citada Sentencia contempla una pareja de hecho entre dos señores, “*manteniendo ambos moradores una relación afectiva y sentimental, cuya duración en el tiempo fue realmente prolongada y que se remonta, como mínimo a los diez años anteriores al óbito del inquilino*” (F.J.1.3). El propietario —actor— pretendió la resolución el contrato por cesión inconsentida, al amparo del art. 114.2ª y 5ª de la L.A.U del 64; por el contrario, el demandado ejerció reconvencción solicitando que se declarase su derecho de subrogación a virtud del artículo 58.1 de la L.A.U. Finalmente, la Sentencia estimó la pretensión de subrogación. El citado fallo judicial se construye sobre tres líneas argumentales.

La primera de ellas se apoya en la eventual discriminación de las uniones homosexuales frente a las heterosexuales: “*En este punto esta Sala no comparte la tesis de la Juez a quo, pues acudiendo a la interpretación de las normas según la realidad social del momento en que deben ser aplicadas, tal como estatuye el art. 3.1 del Código Civil y partiendo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 222/92, de 11 de Diciembre, que declaró la inconstitucionalidad de la exclusión de la subrogación de la vivienda alquilada a quien hubiere convivido, sin vínculo matrimonial, de forma estable y continuada, esto es, la típica pareja en hecho o relación more uxorio, estima que tal derecho de subrogación no puede negarse a la pareja homosexual que, como la analizada, conviva durante un prolongado período de tiempo y mantenga una relación afectiva y sentimental, máxime cuando a éstos no les están*

(122) Informe de la Comisión de Derecho Privado de la Asociación **JUECES PARA LA DEMOCRACIA** al Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos. Puede consultarse en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. N° 92. 11 de marzo de 1993, pág. 11.

permitidos contraer matrimonio, a diferencia de las parejas heterosexuales de hecho, a quienes se les respeta y garantiza la subrogación en tales casos, lógicamente, aunque no se casen y eso que están perfectamente facultados para desposarse; lo contrario implicaría una clara discriminación por razón del sexo e incluso por su condición o circunstancia personal, totalmente contraria a los principio que consagra nuestra Carta Magna y en especial, los contemplados en el artículo 14...”

El segundo argumento lo resuelve el citado fallo judicial de esta manera: *“La Sentencia del Tribunal Constitucional 222/92, de 11 de Diciembre... en momento alguno hace mención a que las parejas a las que les es aplicable la declaración de inconstitucionalidad del art. 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos tengan que estar formadas por dos personas de distinto sexo...”*.

El colofón a toda esta fundamentación no es más que una apelación al principio de que *“las normas jurídicas han de interpretarse teniendo en cuenta los cambios sociológicos actuales y que, para ello, ha de tenerse en cuenta no sólo la literalidad del precepto, sino la finalidad del mismo, ya que sólo así y atendiendo a la realidad social de cada momento —artículo 3 del Código Civil y 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos— el derecho puede cumplir su función, y por ello es preciso constatar y reseñar que el pretender equiparar la situación actual con la existente en el año 1964, fecha de promulgación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aplicable al caso, nos llevaría al absurdo jurídico, dados los profundos cambios de todo tipo habidos desde entonces hasta la actualidad, y de ahí que se estime necesario resaltar que en la década de los 90, la sociedad española es ya francamente aperturista, comprensiva e incluso acepta en gran manera las distintas formas de relación y modos de vivir entre las personas, sean de uno u otro sexo, y prueba de que el sentir social actual asume todo tipo de relación de naturaleza familiar y de que ninguna de ellas es contraria a la normativa constitucional, sino todo lo contrario, tal como al principio se ha especificado, es que el legislador de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, promulgada el día 24 de Noviembre de 1994 y en vigor desde el 1 de enero de 1995, introduce ya expresamente tal protección a todo sujeto, sin distinción de sexo, y así en su propia Exposición de Motivos claramente establece que tendrán derecho a la subrogación mortis causa todas aquellas personas con*

vinculación directa con el arrendatario, y ya en su articulado y en concreto en el precepto 16.1.b)...”⁽¹²³⁾.

7.4. La nota de la convivencia: su configuración jurisprudencial.

Superada la novedad legislativa del reconocimiento del beneficio de la subrogación *mortis causa tanto* a las uniones heterosexuales como a las homosexuales, lo significativo en el artículo 16.1.b) de la L.A.U. del 94, es la convivencia con el arrendatario “*en análoga relación de afectividad a la de cónyuge*”. Sobre esta exigencia de convivencia girará el peso de la prueba de la existencia de una verdadera unión extramatrimonial.

La convivencia es el dato exterior y público que nos permite aquilatar la “*affectio*” de esas dos personas para formar una pareja. A esa “*affectio*” sólo se le puede exigir una voluntad de comparar la vida en común, nunca la voluntad de convertirse en marido y mujer, imposible jurídico para las parejas homosexuales.

Para el art. 16.1.b) de la nueva L.A.U. esa convivencia supone compartir una comunidad de vida, por tanto, un entramado de afectos análogos a los que pudiere existir en el matrimonio. A mi modo de ver, tal artículo excluye las uniones carentes de un proyecto de vida en común, con independencia de su orientación sexual. Por tanto, quedan fuera del beneficio legal del art. 16, las uniones meramente *sentimentales* que, en realidad, suelen ser esporádicas.

Como explicamos en otra parte de este trabajo, esa comunidad de vida debe ser *estable*. Al respecto, el legislador ha objetivado esa convivencia al exigir un plazo de “*dos años anteriores al tiempo del fallecimiento*”. Resulta criticable, por el contrario, el doble criterio que utiliza el legislador cuando en el artículo 24.1, en materia de obras, no exige ningún plazo a la convivencia extramatrimonial: “*El arrendatario, previa notificación escrita al arrendador, podrá realizar en la vivienda las obras que sean necesarias para adecuar ésta a su condición de minusválido o a la de su cónyuge o de la persona con quien conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o la de los familiares que con él convivan*”.

(123) Sección 13ª. Ponente: D. **ENRIQUE ANGLADA** Fors. R.G.D. 1995, págs. 10.545 y ss.

En todo caso, de la comparación de la redacción actual del artículo 16.1.b) en relación con el Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos de 18 de Diciembre de 1992, se advierte una reducción del plazo de tres a dos años así como la no exigencia de plazo en caso de descendencia frente al año que se exigía en el meritado Proyecto.

Puede ser criticable, en definitiva, el plazo de dos años de convivencia. Para algunos será demasiado corto. Para otros demasiado largo, pues bastaría la simple voluntad de la pareja para tener por constituida la unión extramatrimonial. Pero, con independencia de tales críticas, entiendo que el plazo en sí mismo considerado, cualquiera que fuere la duración exigida, es un criterio legislativo acertado pues aporta seguridad jurídica, máxime los derechos de terceros, en especial, los del arrendador y demás beneficiarios de este derecho de subrogación *mortis causa*.

La exigencia de dos años de convivencia se exceptúa cuando los convivientes han tenido descendencia en común. Me parece plausible este criterio pues la existencia de hijos es acaso una de las mayores expresiones de esa comunidad de vida, aunque para autores, como **LACRUZ BERDEJO**, sólo es indicativa de una “*comunidad de lecho*”. Además, los hijos suelen reforzar la voluntad o *affectio* de mantener esa comunidad de vida en el futuro.

Adviértase cómo a las uniones extramatrimoniales que tengan esa descendencia común sólo se les exige la “*mera convivencia*” y, por el contrario, faltando tal descendencia común, se exige convivencia de “*los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento*”. Apuesto, lógicamente, porque, tanto en uno como en otro caso, la convivencia debe existir al tiempo del fallecimiento del arrendatario. El artículo 16.1.b) no protege supuestos de convivencia más o menos prolongada en el pasado pero inexistente al tiempo de fallecer el inquilino. No otra puede ser la interpretación, pues también al cónyuge supérstite se le exige esa convivencia “al tiempo del fallecimiento”. (art. 16.1.a). La convivencia es un presupuesto para que nazca este beneficio legal: Este sólo se hace actuante con el fallecimiento del inquilino.

Ni que decir tiene que esa descendencia común, puede ser producto de una filiación natural —extramatrimonial— como por adopción. Respecto de esta última, el antiguo artículo 58.1 exigía que los adoptados no fueran mayores de 18 años. En cuanto a la equiparación entre los adoptados y los acogidos, la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de noviembre de 1993**, señala que “*existe una justificación lógica y razonable para no hacer equivalentes la adopción legal con la denominada por la recurrente adopción*

de facto no exige demasiada motivación, habida cuenta que al ser la adopción una filiación de creación ex lege, se establece el control judicial no sólo para la fiscalización del cumplimiento de los requisitos legales, sino también para que nazcan vínculos de filiación que permitan alcanzar finalidades dignas de protección... tampoco es parificable el acogimiento con la clase de filiación que crea la adopción; instituto aquel que ha tomado carta de naturaleza en el Código Civil por Ley 21/1987, y que impone determinadas obligaciones para quien recibe al menor y, aun cuando produzca la plena participación del mismo en la familia, no determina filiación alguna a diferencia de la adopción, además de caracterizarse por las notas de la temporalidad y revocabilidad....”⁽¹²⁴⁾.

En todo caso, esa descendencia debe estar perfectamente determinada para así excepcionar la exigencia de los dos años de convivencia. Insiste en esta determinación la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Cádiz, de 24 de mayo de 1990**, al resolver el contrato de arrendamiento por la causa IIª del artículo 114 de la antigua L.A.U., frente a los intentos de subrogación de un descendiente que alegaba una filiación paterna extramatrimonial que no se ajustaba a lo inscrito en el Registro Civil: *“Es erróneo por ello, acudir a la posesión de estado para probar una filiación que ya está inscrita y refleja que el demandado es hijo natural de J.B.R. Si esta filiación extramatrimonial es inexacta o incompleta ha de acudir a los medios específicos de rectificación registral... pero nunca puede en un pleito arrendaticio como el que ocupa dar por probada una filiación paterna en contra de lo que publica el Registro respecto de la filiación extramatrimonial”*⁽¹²⁵⁾.

Por otro lado, ya no se exige, como así lo hacía el art. 16 del Proyecto de L.A.U. de 28 de Enero de 1994, que los descendientes convivieran en la finca arrendada al tiempo del fallecimiento del arrendatario.

Al hilo de la existencia de una descendencia común, se plantea el delicado problema de la exigencia de relaciones sexuales para que esa unión, ya heterosexual, ya homosexual, sea considerada como tal. De la redacción del artículo 16.1.b) así parece desprenderse. Por un lado, se exige una convivencia... *“en análoga relación de afectividad a la de cónyuge”*. Y, obviamente, el proyecto de vida en común que todo matrimonio supone implica relaciones sexuales. Igualmente, parece desprenderse esas relaciones sexuales de la expresión *“con independencia de su orientación sexual”*. Además, debe

(124) Sección 8ª. Ponente: Sr. **ARIAS RODRIGUEZ**. *Aranzadi Civil*. 1993. Marg. 2.447.

(125) Sección 2ª. Ponente: **DEL RÍO FERNANDEZ**. R.G.D. 1991, pág. 11.393.

advertirse que el artículo comentado exonera del plazo de dos años de convivencia cuando exista descendencia en común, la cual, por definición, conlleva tales relaciones entre los convivientes, excepto la adoptiva. Habría que interrogarse hasta qué punto se puede denegar la subrogación al entender que esa unión no es tal por carecer de esa relación de afectos.

No me cabe duda alguna de que esa *relación de afectividad* a que alude el art. 16.1.b) conlleva o puede conllevar relaciones sexuales. No obstante, no es un problema de argumentos el exigir aquéllas. El problema deviene cuando se *maximaliza* esa exigencia: ¿Cómo probar que no han existido relaciones sexuales, y consiguientemente, no estamos ante una unión extramatrimonial merecedora de la subrogación *mortis causa*? Como dice **BERMEJO PUMAR**, “la prueba de este hecho, aparte de su dificultad, supondría una inferencia no tolerable, salvo en los casos y por las razones que la Ley permite... *Más que la realidad de una relación carnal, es la posibilidad de ésta, dado lo íntimo de la unión, lo que las distingue de relaciones que, con ella, nada tienen que ver (entre amigos o personal de servicio, por ejemplo)*”⁽¹²⁶⁾.

El artículo 16.1 b) adjetiva la convivencia como “*permanente*”. Esta nota ha sido elevada a dogma por la jurisprudencia para reconocer y amparar jurídicamente a una verdadera convivencia extramatrimonial susceptible de subrogación. Así se rechaza la convivencia meramente *esporádica*. La Sentencia de la **Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de abril de 1991**, señala que “*en el presente caso... no cabe entender que entre los demandados se diera una verdadera unión matrimonial de hecho, con los requisitos comúnmente exigidos por los autores, como son la convivencia more uxorio, estable y duradera y el cumplimiento voluntario de los deberes del matrimonio, ya que difícilmente cabe entender concurrentes las notas de estabilidad y duración en el tiempo de la unión, que sólo habrá de diferenciarse del matrimonio de derecho en la falta de las formalidades legales, cuando la convivencia entre aquéllos se prolongó algunos meses y el arrendatario ni siquiera llegó a empadronarse en la vivienda de autos, lo que ... se debió a que al señor L.D. no le interesaba realizar ningún acto que pudiera estabilizar la situación de convivencia...*”⁽¹²⁷⁾.

(126) “Uniones de participación integral de vidan”. *R.G.D.* 1991, pág. 2493.

(127) Sección 15ª. Ponente: Sr. **BERJA-GARCIA**. *R.G.D.* 1991, pág. 2.024.

La estabilidad de la convivencia se fundamenta en la medida en que está al servicio de un proyecto de vida en común. Por tanto, no hay unión susceptible de subrogación, si esa convivencia no expresa una “*affectio maritalis*”. Así la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de octubre de 1994**, desestima la pretensión de subrogación *mortis causa* pues “no ha quedado probado en absoluto esa supuesta convivencia marital, antes al contrario, de las declaraciones testificales practicadas se desprende que la convivencia se fundó exclusivamente en **motivos laborales y de asistencia** y que incluso el arrendatario convivió con su esposa hasta el fallecimiento, convivencia que excluye toda posibilidad de que existiera una relación marital con la hoy recurrente...”⁽¹²⁸⁾. En esta misma línea, la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Valencia, de 10 de octubre de 1992**: “La convivencia que la ley exige como contrapartida al premio de subrogación no es por tanto un mero frecuentar o utilizar el domicilio litigioso, sino formar aquella **unidad familiar** con el titular del contrato, y sin que ello implique calificación moral de ninguna clase, haber disfrutado tanto como padecido, de las ventajas e inconvenientes del íntimo trato personal que supone vivir bajo un mismo techo”⁽¹²⁹⁾. En realidad, “lo decisivo para que la subrogación del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos pueda llevarse a cabo no es el domicilio que a los mencionados efectos se le adjudique a quien pretende atribuirse tal derecho a subrogarse, sino si efectiva y realmente este sujeto ha convivido habitualmente en la vivienda, y ello en absoluto resulta probado en el presente asunto ni por la prueba documental ni por la testifical, toda vez que por convivencia habitual ha de entenderse, como esta Sala tiene declarado en reiteradas Sentencias, así las de 29 de enero de 1991, 23 de febrero de 1991 y 28 de octubre de 1991, siguiendo el sentir unánime de la jurisprudencia, aquella convivencia presidida por la idea de **hogar familiar común**, en el sentido no sólo de que así pueda considerarse la vivienda para el inquilino fallecido sino también para el familiar con el conviviente que pretende opere a su favor la subrogación. Por ello... no es convivencia habitual **la esporádica o interrumpida**, carente del ánimo de una vivienda común”⁽¹³⁰⁾. Este mismo criterio se tiene en cuenta en la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Barcelona, de 6 de mayo de 1992**: “...No puede afirmarse la existencia de una pareja de hecho entre el arrendatario fallecido y la demandada, puesto que ésta no se ha comportado en ningún momen-

(128) Sección 18ª. Ponente. Sr. **PÉREZ SAN FRANCISCO**. R.G.D. 1995, pág. 917.

(129) Sección 1ª. Ponente. Sr. **BOSCA PÉREZ**. R.G.D., pág. 2.223.

(130) SAP de Bilbao, de 9 de Noviembre de 1992. Sección 5ª. Ponente. Sr. **VILLAR VILLANUEVA**. R.G.D. 1992, pág. 12.960.

to, ni tampoco ha sido tenida así socialmente... sin perjuicio de que durante un cierto tiempo o esporádicamente ambos hayan vivido bajo un mismo techo o haya existido entre ellos una relación de mutua ayuda y compañía”.

La exigencia de un plazo de convivencia a las uniones extramatrimoniales constituye una diferencia fundamental respecto del cónyuge supérstite, la cual, en determinadas situaciones límites, puede inspirar algún acto fraudulento, como sería contraer matrimonio para así soslayar tal plazo. Basta pensar en el matrimonio en *peligro de muerte*, situación fáctica de la que parte la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 de mayo de 1991**: “*El precepto citado, de interpretación restrictiva, según constante jurisprudencia, presupone como requisito fundamental, soporte material del derecho de subrogación que concede, la existencia de una vida en común... de modo que el que pretende continuar en el uso de la vivienda, viniera utilizando la misma como propio domicilio en convivencia con el causante. Ahora bien, en el caso que nos ocupa... se revela que la demandada si bien mantuvo relaciones sentimentales con el señor V.G. desde el año 1985, tales relaciones no se cruzaron dentro de lo que puede considerarse como vida en común, por el contrario, aquélla continuó disponiendo de su propio domicilio... sus estancias en el piso de autos carecen del carácter continuo y habitual propio de la relación matrimonial u otra semejante, pues según se desprende de la prueba testifical, quedaban limitadas a los fines de semana. Es decir se revela que la demandada mantuvo relación con el arrendatario, mas éste al carecer del **sustrato en vida común**, no justifica el derecho de subrogación por razón de un matrimonio contraído momentos antes del fallecimiento cuando falta la convivencia en su pleno y profundo significado...*”⁽¹³¹⁾. A nivel doctrinal, **FUENTES LOJO** se ha manifestado favorable a rechazar, en estos casos, la subrogación invocando el artículo 9 de la L.A.U. del 64, esto es, la doctrina de la *buena fe* y del *abuso del derecho*. Y cita, en apoyo de su tesis, la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de marzo de 1961**⁽¹³²⁾.

Otra novedad de la ley del 94 es que esa convivencia no necesariamente se ha de desarrollar en la vivienda arrendada. La Jurisprudencia mantuvo sin fisuras este requisito: “...*Si bien aparece acreditada la convivencia de la*

(131) Sección 16ª. Ponente: Sra. **DE LA VEGA LLANES**. R.G.D. 1991, pág. 3.308. Es interesante el voto particular del Sr. Mendaña Prieto quien entiende que “*cuando por circunstancias ajenas a la voluntad de los contrayentes no hubieran podido convivir materialmente en él después de contraer matrimonio bastará la intención de convivir inmediatamente en dicho domicilio...*”.

(132) “Suma...”, *op. cit.*, pág. 691.

demandada con su padre, titular del arrendamiento litigioso, durante los dos años que precedieron al fallecimiento del mismo, lo que no ha sido demostrado es que tal convivencia se desarrollara precisamente y de modo habitual en la vivienda objeto de tal arrendamiento"⁽¹³³⁾. No es de extrañar que no se exija la convivencia en la finca arrendada máxime cuando el artículo 7 de la nueva Ley admite que *"el arrendamiento de vivienda no perderá esta condición aunque el arrendatario no tenga en la finca arrendada su vivienda permanente, siempre que en ella habiten su cónyuge no separado legalmente o de hecho, o sus hijos dependientes"*. Mi juicio es negativo en cuanto a la supresión de este requisito, aunque se me pueda objetar que tal solución legal ya no resulte tan gravosa para el arrendador por la nueva duración temporal del contrato de arrendamiento. (arts. 9 y 10 Ley 29/94).

7.5. La extensión de la subrogación *mortis causa* en la nueva L.A.U. Régimen transitorio.

El artículo 59 de la L.A.U. del 64 establecía que *"al fallecimiento del subrogado en la vivienda por actos inter vivos o mortis causa, sólo podrá continuar ocupándola con el mismo carácter, su cónyuge o descendientes legítimos, naturales o adoptivos, sin que se autoricen ulteriores subrogaciones, debiéndose observarse en cuanto a convivencia, orden de prelación y notificación, lo preceptuado en el artículo anterior"*. Se consagra así un criterio limitativo respecto del número de subrogaciones.

Por el contrario, la nueva L.A.U. no establece ninguna restricción al respecto. El fundamento jurídico de este cambio de criterio legislativo no es otro que la nueva duración temporal del contrato de arrendamiento. El artículo 9 consagra una libertad de pactos en cuanto a esa duración. No obstante, *"si ésta fuera inferior a cinco años, llegado el día del vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo"*. Y en el artículo 10 se dispone la prórroga tácita del contrato.

(133) SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 10 de Noviembre de 1988. R.G.D. 1989.

Resulta obvio que esta libertad en el número de subrogaciones queda muy atemperada por la duración temporal del contrato celebrado bajo la vigencia de la Ley 29/94, de 24 de Noviembre. En la regulación anterior, el número de subrogaciones era limitado... pero el contrato se prorrogaba forzosamente (art. 57 de la L.A.U. del 64). No deja de ser llamativo cómo se han diluido o rebajado los dos grandes pilares que, en la antigua legislación arrendaticia, presidían la protección a la familia. Por un lado, la prórroga forzosa, ya superada con el Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de Abril, sobre Medidas de Política Económica, y, por otro, la subrogación *mortis causa*, consagrada en la nueva Ley sin límites en cuanto al número de subrogaciones pero con la frontera infranqueable de la inevitable duración temporal del contrato de arrendamiento (arts. 9 y 10 de la nueva LAV).

La ausencia de un criterio restrictivo en cuanto al número de subrogaciones admite, así lo entiendo, que, fallecido el arrendatario, se subroge la persona con quien convivía. Y si ésta construye otra convivencia extramatrimonial, nada obsta a que se subroge, al fallecer aquélla, ese otro conviviente, aun con preferencia a la descendencia.

En cuanto al régimen transitorio, éste se ha dibujado en la Disposición Transitoria Segunda, apartados 4 a 9. En la misma, los derechos de subrogación *mortis causa* reconocidos al cónyuge, “*serán también de aplicación respecto de la 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, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo de fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia*”. (D.T. 2ª B, apart. 7). Se consagra así la misma fórmula legal utilizada por el art. 16.1. b). No obstante, se precisa en el apartado 9º de la citada Disposición Transitoria que “*la condición de convivencia con el arrendatario fallecido deberá ser habitual y darse necesariamente en la vivienda arrendada*”. Así pues, se configura la convivencia como “*condición*”, esto es, como un verdadero presupuesto jurídico para la subrogación, adjetivándola con la nota de *habitual* y exigiendo que la misma se desarrolle en la vivienda arrendada, a diferencia de lo dispuesto en el art. 16. 1 . b).

Lo sustantivo de la remisión que hace el citado apartado 7º, se encuentra en los apartados 4º y 5º de la Disposición Transitoria que estamos analizando.

Así, en el apartado 4º se establece que “*a partir de la entrada en vigor de esta Ley, la subrogación a que se refiere el artículo 58 del texto refundido de*

la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, sólo podrá tener lugar a favor del cónyuge del arrendatario no separado legalmente o de hecho, o en su defecto, de los hijos que conviviesen con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento; en defecto de los anteriores, se podrán subrogar los ascendientes del arrendatario que estuviesen a su cargo y conviviesen con él con tres años, como mínimo, de antelación a la fecha de su fallecimiento". La Ley sólo consagra una subrogación, pues "el contrato se extinguirá al fallecimiento del subrogado, salvo que lo fuera un hijo del arrendatario no afectado por una minusvalía igual o superior al 65%, en cuyo caso se extinguirá a los dos años o en la fecha en que el subrogado cumpla veinticinco años, si ésta fuese posterior" (D.T. 2ª B 4º). Este criterio se matiza en el párrafo final, cuando señala que "si el subrogado fuese el cónyuge y al tiempo de su fallecimiento hubiese hijos del arrendatario que conviviesen con aquél, podrá haber una ulterior subrogación. En este caso, el contrato quedará extinguido a los dos años o cuando el hijo alcance la edad de veinticinco años si esta fecha es posterior, o por su fallecimiento si está afectado por la minusvalía mencionada en el párrafo anterior" (D.T. 2ª B. 4º in fine).

Este criterio limitativo se proyecta también en el párrafo 5º de la Disposición Transitoria que nos ocupa, al señalar que *"al fallecimiento de la persona que ... se hubiese subrogado en la posición del inquilino antes de la entrada en vigor de la presente Ley, sólo se podrá subrogar su cónyuge no separado legalmente o de hecho y, en su defecto, los hijos del arrendatario que habitasen en la vivienda arrendada y hubiesen convivido con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento"*. En su párrafo final se establece claramente que *"no se autorizan ulteriores subrogaciones"*.

Los problemas de Derecho transitorio son siempre complejos y difíciles de resolver. Inevitablemente surge el debate de una aplicación retroactiva o no de la nueva Ley. Y las mismas razones de justicia y equidad pueden justificar una u otra aplicación de la nueva norma. En realidad, habría que desnudar los problemas de derecho transitorio de cualquier solución o criterio apriorístico.

Al dilema de una aplicación retroactiva o no, respecto del reconocimiento del beneficio de la subrogación *mortis causa* a favor de las uniones extramatrimoniales, tampoco pudo escapar el legislador del 94. Una aplicación retroactiva de la nueva Ley supone gravar en exceso la posición del arrendador con un nuevo beneficiario legal no previsto en la legislación anterior, y no amparado por la doctrina que sentó el Tribunal Constitucional en

su Sentencia 222/1992. En este sentido se han pronunciado autores como **CARRASCO PERERA**: *“La inclusión de la pareja homosexual puede tener distintas justificaciones, pero ninguna que ver con la protección de la familia. Lo que esta desgraciada Disposición Transitoria produce (consecuencia de la candidez dañina de los progresismos de salón) es la sensación de que se ha creado por fuerza de la ley un nuevo supuesto de subrogación y se ha aplicado retroactivamente a los arrendamientos anteriores a la ley. El legislador nuevo —seguramente no malintencionado— no se da cuenta que la extensión a las parejas homosexuales, contenida en los artículos 12 y 16 L.A.U., no es una emanación del sentido del artículo 58 de la L.A.U. derogada, sino un supuesto de subrogación, que el legislador puede reconocer para el futuro, pero no aplicar a situaciones pasadas. En otros términos, la subrogación de la pareja homosexual es una opción lícita del legislador, pero no estaba incluida en la interpretación conforme a la Constitución del artículo 58 de la ley derogada”* ⁽¹³⁴⁾.

Por el contrario, una aplicación irretroactiva de la nueva Ley, en homenaje a un formalismo de técnica legislativa, haría *palidecer* un elemental sentido de la justicia.

Este tipo de cuestiones, en definitiva, no tienen una solución clara. Quizás habría que conformarse con el pragmatismo de las palabras de **DÍEZ PICAZO** y **GULLÓN BALLESTEROS**, cuando señalan que *“en ocasiones la aplicación retroactiva de una ley puede ser injusta es algo que no ofrece duda, pero igualmente injusto puede ser el mandato concebido sólo para en adelante. El legislador, pues, puede señalar un efecto retroactivo o irretroactivo a su mandato, sin otra limitación que la de la validez y legitimidad de su mandato mismo”* ⁽¹³⁵⁾.

7.6. Notificación y “principio de prueba”.

Verificado el fallecimiento del arrendatario se impone la carga de notificar al arrendador tal circunstancia: *“El arrendamiento se extinguirá si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario el arrendador no recibe la notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de*

(134) *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, dirigidos por **RODRIGO-BERCOVITZ**. Ed. Aranzadi. 1995, pág. 1.945.

(135) *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I. Ed. Tecnos. 1982, pág. 138.

defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse”.

A mi juicio, la nueva redacción no proporciona la seguridad que se desprendía del antiguo artículo 58.4 de la L.A.U del 64, cuando exigía *notificación fehaciente*, que en la nueva Ley se sustituye por una *notificación por escrito*. Además, la cuestión se agrava, pues al no exigir fehaciencia en la notificación, pueden surgir discrepancias sobre la recepción de aquélla, con la consecuencia fatal de la extinción del contrato de arrendamiento al superarse el plazo de los tres meses. En cambio, en la antigua ley, si el arrendador no recibiese en tiempo tal notificación, podía *“requerir a los ocupantes de la vivienda para que se le comuniquen la subrogación del beneficiario, con advertencia de que, transcurridos treinta días sin recibir esta última notificación, tendrá lugar la resolución del contrato de arrendamiento, lo que así efectivamente sucederá si no se notificase la subrogación en este último plazo”*. Esta carga del arrendador debió ser conservada por el legislador. Basta pensar en un supuesto típico de arrendatario que, separado de hecho de su cónyuge, convive extramatrimonialmente con otra persona y con la descendencia de su matrimonio. Pudiera suceder que los descendientes, con derecho a la subrogación a virtud del art. 16.1.c) de la Ley 29/94, no verificaron la oportuna notificación, creyendo que ésta iba a ser realizada por el antedicho conviviente *more uxorio*, preferente a tales descendientes, en cuyo caso pierden el derecho de subrogación al haber transcurrido el plazo. La falta de notificación es sinónimo de renuncia: *“La Jurisprudencia ha sostenido que el arrendador no ha de examinar los títulos sucesorios y habrá de estar a lo que se le notifique.... y que si sólo un heredero observa este requisito habrá de entenderse que los demás renunciaron a él...”*⁽¹³⁶⁾.

Probablemente, la práctica demuestre que, para evitar incertidumbres y la pérdida del plazo de los tres meses, todos los posibles beneficiarios realizarán la notificación al arrendador, cuya posición jurídica se ve reforzada pues *“si (el arrendador) recibiera en tiempo y forma varias notificaciones cuyos remitentes sostengan su condición de beneficiarios de la subrogación, podrá el arrendador considerarles **deudores solidarios** de las obligaciones propias del arrendatario, mientras su pretensión de subrogarse”*. (art. 16.3 *in fine*). Esta consideración de los beneficiarios como “deudores pasivos solida-

(136) Sent., cit. F.J. 2.

rios” se reproduce para el caso de que se extinguiera el contrato por falta de subrogación: “*Si la extinción se produce, todos los que pudieran suceder al arrendatario, salvo los que renuncien a su opción notificándolo por escrito al arrendador en el plazo del mes siguiente al fallecimiento, quedarán solidariamente obligados al pago de la renta de tres meses*”. (art. 16.3 Ley 29/94). Por supuesto, aquí el término sucesión se refiere a la sucesión legal del art. 16 y no a una sucesión hereditaria.

En otro orden, sorprendente es la exigencia de un “*principio de prueba*”. Ésta es una expresión de claro sabor procesal que, según mi criterio, *chirría* en una norma sustantiva como es el artículo 16 de la nueva L.A.U. Las pruebas deberían reservarse para el escenario procesal oportuno: arrendador y beneficiario del derecho de subrogación, mientras no haya proceso, no adquieren la condición de partes. Además, de nuevo se refuerza la posición del arrendador, pues será el que determine la entidad y la suficiencia de ese principio de prueba aportado. Puede suceder, y sucederá, que a pesar de la prueba aportada, el arrendador no la considere suficiente y el proceso será irremediable.

En materia de prueba es donde se advierte cómo la falta de formalidad de las uniones extramatrimoniales le privan de esa certeza legal del matrimonio. Ese principio de prueba debe empezar y acabar en la nota de la convivencia, amén, por supuesto, del fallecimiento del arrendatario, identidad del propio subrogado, existencia de descendencia común para así excepcionar la exigencia temporal de dos años de convivencia... etc. Ésta ha sido la constante jurisprudencial y no lo va a ser menos en una notificación que se produce al margen de todo proceso: “...*Lo que en todo caso deberá exigirse es la prueba de la convivencia al estilo matrimonial y que esa convivencia se ha prolongado durante un plazo razonable hasta el punto de que la unión de hecho es similar al matrimonio*”⁽¹³⁷⁾.

Ése será, a mi juicio, el alcance de ese “principio de prueba”, pues tampoco se puede abocar al arrendador a litigar por la simple notificación de una persona que dice haber convivido con el inquilino, sin aportar una mínima evidencia. Esta interpretación viene avalada por la Disposición Transitoria Segunda, apartado noveno, al señalar que “*corresponde a las personas que ejerciten la subrogación contemplada en los apartados 4, 5 y 7 de esta disposición probar la condición de **convivencia** con el arrendatario fallecido que para cada supuesto proceda*”.

(137) SAP de Valencia, de 10 de octubre de 1992, cit. F.J. 1º.

La prueba de la convivencia es esencial para los beneficiarios del art. 16.1 b) de la nueva L.A.U. pues no están amparados por la presunción del artículo 69 del Código Civil: “*Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos*”, presunción legal antecedida por “*la obligación de vivir juntos*” que tienen los cónyuges, según el artículo 68 del mismo Cuerpo legal.

Delimitado el contenido de ese principio de prueba, será la instancia judicial la que fiscalice si esa convivencia reúne las notas de habitualidad y estabilidad, y en el caso de los contratos celebrados bajo la vigencia de la Ley del 64, además, si la misma se ha producido necesariamente en la vivienda arrendada. (D.T. 2ª, aptdo. 9º), así como la que aquilate si ha habido un proyecto de vida en común... Cómo se ha dejado entrever, algunos vértices de esta figura, llamada unión extramatrimonial, presenta aristas que sólo podrán ser limadas por las instancias judiciales, pues están en juego derechos fundamentales —derecho a la intimidad, *ad exemplum*— de los cuales aquéllas son garantes, y no propiamente el arrendador.

Tras el reconocimiento legal efectuado en el art. 16.1.b), con más razón que nunca, los Juzgados y Tribunales deberían adoptar un criterio restrictivo a la hora de considerar la unión extramatrimonial, en cuanto *título subjetivo* de la subrogación, como una **cuestión compleja**, pues así lo puede pretender —*intencionadamente*— la parte demandada para excluir el procedimiento de desahucio, juicio sumario, y acudir al juicio declarativo, acaso con una finalidad dilatoria. Las alegaciones y pruebas de las partes deben ir encaminadas a si existe o no una unión extramatrimonial y ello no es una cuestión compleja, máxime, repito, el reconocimiento legal de aquéllas ⁽¹³⁸⁾.

7.7. Convenios sobre el derecho de subrogación *mortis causa*.

Las posibilidades de disponer del derecho de subrogación *mortis causa*, al cobijo del principio de la autonomía de la voluntad, son legalmente tasadas. Y digo tasadas, pues habrá que estar a lo que la Ley admita al respecto. No olvidemos que es un *beneficio legal*.

Un ejemplo de esa disposición, bajo patrocinio de la ley, es el párrafo cuarto del artículo 16: “*En arrendamientos cuya duración inicial sea supe-*

(138) Vid. SAP Barcelona, de 6 de mayo de 1992, cit.

rior a cinco años, las partes podrán pactar que no haya derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario, cuando éste tenga lugar transcurridos los cinco primeros años de duración de ese arrendamiento, o que el arrendamiento se extinga a los cinco años cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad". El citado artículo no plantea mayores problemas de interpretación pero sí recalcar que, en el caso de las uniones extramatrimoniales, si éstas se constituyen después de concertado el contrato donde se ha pactado tal exclusión, el conviviente no firmante habrá de estar y pasar por lo estipulado. Pero, si el contrato, o en su caso, la cláusula que excluye la subrogación *mortis causa*, se hubiese estipulado constante la unión extramatrimonial, será necesario el consentimiento de los dos convivientes. No otra puede ser la solución, de conformidad con la doctrina legal que se extrae del artículo 12 de la nueva L.A.U., aplicable, por analogía, al supuesto que planteo, pues tal exclusión implica una disposición de derechos.

Al hilo de ese artículo 12.4° de la Ley 29/94, la expresión "*duración inicial*", la interpreto en el sentido de ser esa duración (cinco años) la pactada "*ab initio*". Por lo tanto, no cabe pacto de exclusión cuando el contrato, a virtud de sus prórrogas obligatorias (art. 9) o, en su caso, tácitas (art. 10), llegare a alcanzar la antedicha duración. Una cosa es que la duración temporal del nuevo contrato de arrendamientos facilite o ampare una interpretación flexible o no restrictiva, y otra cosa es que la posición jurídica de las partes, en este caso, la del arrendador, se diluya hasta el punto de no distinguir los intereses en juego.

Por otro lado, la subrogación *mortis causa* está presidida por un orden de preferencia que no es otro que el establecido por el propio artículo 16. Pudiera suceder que existan varias de las personas eventualmente beneficiarias de ese derecho, en cuyo caso la Ley remite al "*acuerdo unánime sobre quién de ellos será el beneficiario de la subrogación*", y, en su defecto, regirá el citado orden de preferencia (art. 16.2 de la L.A.U. del 94). Por tanto, los beneficiarios no podrán alterar ese orden de preferencia, inmune, pues, al poder dispositivo de aquéllos. No hay más fundamentación que el origen *legal* de ese orden de preferencia. Tampoco caben pactos entre el arrendador y arrendatario modificando ese orden de prelación.

No obstante esa intangibilidad del orden de preferencia, ello no impide la renuncia del preferente en favor del que le sigue en ese orden⁽¹³⁹⁾. En esta materia, la sutileza de distinguir entre la exclusión de la ley y la renuncia de los derechos se impone, pues “*sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*” (art. 6.2 del Código Civil). Consecuentemente, todo pacto entre los eventuales beneficiarios por el que se renuncia a la subrogación, con anterioridad al fallecimiento de inquilino, es una exclusión de la ley, merecedora de la sanción de ineficacia, pues nadie puede disponer de lo que no tiene: el derecho de subrogación *mortis causa* sólo nace a la vida jurídica cuando fallece el inquilino⁽¹⁴⁰⁾.

Por último, señala el artículo 16.1 *in fine* que “*si al tiempo del fallecimiento del arrendatario no existiera ninguna de estas personas, el arrendamiento se extinguirá*”. En ese caso, nada obsta a la validez del convenio que pudieran suscribir arrendador y arrendatario, pactando la subrogación de un tercero ajeno a los beneficiarios que establece la Ley, o incluso, dispensando al futuro subrogado de determinados requisitos. Piénsese en un pacto en favor del conviviente *more uxorio*, exonerándole del plazo de la convivencia de dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, para el caso de que el mismo se produjere sin haber transcurrido el citado plazo. Al no haber beneficiarios legales, a nadie se perjudica, máxime cuando ese pacto ha sido consentido por el propio arrendador: la alternativa a ese convenio es la *extinción* del contrato al no haber beneficiarios (art. 16.1 *in fine* de la L.A.U. del 94).

No obstante, esa misma disposición del derecho de subrogación realizada por testamento, como tal acto unilateral, en nada obliga al arrendador, quien no ha prestado su consentimiento⁽¹⁴¹⁾.

(139) En realidad, no es necesario el *acuerdo unánime* de los beneficiarios, como dice la Ley, sólo del preferente en favor del que le siga en el orden legal.

(140) Es la misma solución que para la renuncia de la legítima futura: “*Toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula...*” (art. 816 Código Civil).

(141) En contra, **CARRASCO PERERA**, *ob cit.*, pág. 359.

VIII. VALORACIÓN FINAL

Me parece digno de encomio el criterio del legislador del 94 al reconocer como beneficiarias de la subrogación *mortis causa* a las uniones extramatrimoniales, aceptando así otros modelos familiares al margen del que origina el matrimonio. No podía ser menos a virtud de la STC 222/1992. Pero, además, anticipándose a un próximo e inevitable proceso legislativo, supera los juicios instintivos de la unión homosexual como *crimina carnis contra naturam*, reconociéndole el beneficio legal de la subrogación arrendaticia. Poco importa si estas uniones están consolidadas en la sociedad española o si constituyen un modelo de familia. Como justificación del criterio legislativo empleado, recordar que *“la finalidad última de la reforma es la de coadyuvar a potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos como pieza básica de una política de vivienda orientada por el mandato constitucional consagrado en el artículo 47, de reconocimiento del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”* (Exposición de Motivos de la Ley 29/1994).

En definitiva, el artículo 16.1.b) de la nueva ley arrendaticia supone un decisivo paso, en el marco de un proceso legislativo que progresivamente va arrinconando a los libros de Historia la frase napoleónica de **“si los concubinos ignoran la ley, la ley ignora a los concubinos”**.

LA EVOLUCIÓN RECIENTE DEL DOMINIO PÚBLICO: SU AFIRMACIÓN COMO TÍTULO DE POTESTAD*

ANDRÉS GONZÁLEZ SANFIEL

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA INEVITABLE DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA: PROPIEDAD VERSUS TÍTULO DE POTESTAD.
 - 2.1. La explicación tradicional: el dominio público como propiedad especial o administrativa.
 - 2.2. La confirmación del dominio público como título de potestad.
 - 2.3. La reviviscencia del demanio natural en la doctrina del Tribunal Constitucional.
 - 2.4. La superación de posibles objeciones desde la perspectiva civilista.
 - 2.4.1. El *ius disponendi* es un elemento esencial de la propiedad.
 - 2.4.2. La accesión administrativa de bienes.

* Primer Premio Foro Canario, 1996, ex aequo.

III. LA AFECTACIÓN COMO CLAVE EN LA REGULACIÓN POR RAZÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

- 3.1. Un concepto integrador: la afectación a un fin constitucionalmente legítimo.
- 3.2. Puesta a prueba de la institución.
 - 3.2.1. El Patrimonio Histórico Artístico.
 - 3.2.2. El dominio público del espectro de frecuencias radioeléctricas.
 - 3.1. Un impreciso objeto demanial: las frecuencias radioeléctricas.
 - 3.2. El fin de utilidad pública determinante de su afectación.
 - 3.3. Su régimen jurídico: uso y protección.

IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Carta magna ha reconocido naturaleza constitucional a la institución demanial (art. 132 CE), recogiendo elementos de claro abolengo histórico como la afectación y los principios de la indisponibilidad.

En uso de dicha previsión constitucional, el legislador, a medida que configuraba como *res extracommercium* una serie de bienes, restringía el ámbito de actuación de los particulares en relación a los mismos. Así sucedió con las aguas subterráneas, en los que fue derogado el régimen de propiedad especial presente en el Código Civil y la legislación decimonónica¹ de aguas para sustituirlo por el dominio público; lo mismo aconteció con la incorporación a esta institución de los bienes comunales, que dejó fuera de lugar la explicación tradicional de la propiedad compartida entre los vecinos y el municipio sobre estos bienes². Adicionalmente, en aplicación del propio texto constitucional que configura la zona marítimo-terrestre como un bien demanial, se puso fin a los enclaves privados en dicha zona, operando una *conversio tituli*, en virtud de la cual los propietarios (incluso los inscritos en el Registro y confirmados por sentencia firme) pasaban a ser concesionarios³.

El auge en la utilización de la técnica demanial reabre el debate sobre una de las discusiones clásicas de la institución: su naturaleza jurídica. En ellos, la tesis que explicaba el dominio público desde la perspectiva de la propiedad va perdiendo fuerza, tanto por efecto del texto constitucional, cuanto

- (1) El Título IV del Código Civil de 1889 se rubrica de “algunas propiedades especiales”, tratando en el Capítulo primero (arts. 407 a 425) de las aguas, regulación que estaba en relación con las leyes de aguas de 3 de agosto de 1866 y 13 de junio de 1879. Sobre la evolución histórica de nuestro Derecho de Aguas, *in totum* la magistral obra de GALLEGO ANABITARTE en colaboración con MENÉNDEZ REXACH y DÍAZ LEMA: *El Derecho de Aguas en España*, 2 vols., MOPU, Madrid, 1986; en particular, sobre la transformación del régimen de las aguas subterráneas *vid.* DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M.: *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid, 1989.
- (2) Es un clásico sobre el tema la obra de NIETO GARCÍA, A.: *Bienes comunales*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964. A tenor de la demanialización de estos bienes por la legislación de régimen local la cuestión ha atraído de nuevo a la doctrina, *vid.* EMBID IRUJO, A.: *La defensa de los comunales (planteamientos generales a partir de la realidad aragonesa)*, Civitas, Madrid, 1993; COLOM PIAZUELO, E.: *Los bienes comunales en la legislación de régimen local*, Tecnos, Madrid, 1994.
- (3) Disposición transitoria primera de la Ley 22/88, de 28 de julio, de *Costas*. El TC entendió que la conversión de los títulos dominicales en concesiones por un plazo de sesenta años sin pago de canon alguno, era un equivalente del derecho que se privaba a sus anteriores titulares (STC 149/91, de 4 de julio, sobre la ley citada). Sobre el régimen transitorio de la referida ley cfr. LÓPEZ PELLICER, J.A.: “Los derechos adquiridos en zonas de demanio marítimo-terrestre ante la nueva Ley de Costas”, *REDA* n° 68, 1990, pp. 533 y ss.; sobre la figura de la *conversio tituli* *vid.* VILLAR PALASÍ, J.L.: *La intervención administrativa en la industria*, IEP, Madrid, 1964, pp. 254 a 256.

por la emergencia de nuevos argumentos que consolidan definitivamente a esta institución como un título de intervención.

Dentro de los distintos elementos que conforman el dominio público, sin duda es la afectación la que presenta mayores cambios. Ya no basta con una remisión a los criterios establecidos en el Código Civil (art. 339) para conocer los fines de interés general determinantes de un régimen jurídico exorbitante sobre los bienes, como se demostrará en las páginas que siguen. Tales criterios habrán de inducirse del propio texto constitucional, de tal modo que la afectación lo sea a cualquier fin constitucionalmente legítimo⁴.

Este nuevo entendimiento del elemento teleológico del dominio público permitirá, como también veremos, superar la situación de algunos bienes, como el patrimonio histórico-artístico, que se encontraba, en una zona de penumbra, a caballo entre su consideración demanial o como patrimonio especial.

Por último, el estudio del denominado dominio público del espacio radioeléctrico, no sólo permitirá confirmar varias de las hipótesis formuladas, sino también acreditará la virtualidad expansiva de esta institución, dando un paso más en la construcción del dominio público inmaterial.

II. LA INEVITABLE DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA: PROPIEDAD PÚBLICA VERSUS TÍTULO DE POTESTAD

2.1. La explicación tradicional: el dominio público como propiedad especial o pública.

Se debe a HAURIOU la consideración del dominio público como las “*propiedades administrativas afectadas actualmente a la utilidad pública*”⁵. Esta noción pretendía superar las teorías dominantes durante todo el siglo XIX defendidas por PROUDHON y sus sucesores, que concebían el demanio como un poder de administración y policía derivado del título de soberanía, incompatible con cualquier idea de propiedad⁶. *El Decano de Toulouse*

(4) STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14.

(5) HAURIOU, M.: *Précis Élémentaire de Droit administratif*, 3ª ed., París, 1933, pág. 285.

(6) Las tesis de PROUDHON se encuentran en su *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, cuya primera edición es de 1833-1834, y la segunda realizada por DUMAY en 1843-1845 (citados por DENOYER, J.F.: *L'exploitation du domaine public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1969, pp.18 a 20). No he podido consultar directamente dicha obra pero sí su *Traité de domaine de propriété ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine privé* editado en Bruselas en 1842, en cuyas páginas 305 y ss. el autor hace una síntesis de su concepción sobre el dominio público.

tuvo éxito en su propuesta y, a partir de su formulación, el dominio público se explicará como una nueva propiedad donde aparecerán una serie de modificaciones sobre el régimen de la propiedad ordinaria, unas que ensancharán sus facultades y otras que las disminuirán. Entre las primeras, se integrarán la afectación y la desafectación, el deslinde, los derechos de policía o los de concesión, mientras en las segundas estarán las típicas notas de la propiedad ordinaria como son el *usus*, *fructus* y el *abusus*⁷.

En 1921 esta teoría se introdujo en nuestro país de la mano de Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO en su conocido artículo “*Naturaleza jurídica del dominio público según Hauriou*”⁸. Desde ese momento, la teoría de la propiedad pública para explicar la naturaleza del dominio público es aceptada abrumadoramente por nuestra doctrina⁹, jurisprudencia¹⁰ e incluso la legislación.

- (7) HAURIOU, M.: *Précis de Droit Administratif et droit public général*, 5ª ed., París, 1903, pp. 598 y ss. Si bien este planteamiento se impondría con rotundidad, desde sus comienzos fue impugnado por DUGUIT para el cual, el régimen jurídico de la afectación pública y el de la propiedad son completamente diferentes. Para superar las discusiones sobre si el Estado tenía o no un derecho de propiedad o simplemente un derecho de policía o vigilancia, introduce la idea de *competencia*. Allí donde la dominialidad pública sea más acusada las normas que regulan la competencia de los agentes públicos serán más severas que donde esta dominialidad no sea tan acentuada. En esto consistiría la pretendida inalienabilidad del dominio público. La regla de la competencia se completa atribuyendo a las agentes públicos unos poderes particulares para reprimir los actos de los particulares que comprometan la afectación de la cosa (DUGUIT, L.: *Traité de Droit constitutionnel*, T. III, 3ª ed., París, 1930, pp. 368 y ss.).
- (8) FERNÁNDEZ DE VELASCO, R.: “Naturaleza jurídica del dominio público, según Hauriou. Aplicación de su doctrina a la legislación española”, *Revista de Derecho Privado*, T. VIII, 1921, pp. 232 a 238; del mismo autor “Sobre la incorporación al Código Civil español de la noción de dominio público”, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, números 8-11, pp. 113 a 127.
- (9) En este sentido, entre otros, BALLBÉ PRUNES, M.: “Las reservas dominiales”, *RAP* nº 4, 1951, pp. 75 a 91; en un artículo precedente intitulado “Concepto de dominio público”, *Revista jurídica de Cataluña*, 1945, pp. 25 a 73, publicado más tarde en la NEJ SEIX, voz “Dominio público”, T. VII, Barcelona, 1955, pp. 772 a 792, el autor no se pronuncia sobre la naturaleza del dominio público y utiliza la noción de función pública como aglutinante de todos los criterios de afectación utilizados por el Código Civil; ÁLVAREZ-GENDÍN, S.: *El dominio público. Su naturaleza jurídica*, Bosch, Barcelona, 1956; GUAITA MORATELL, A.: “Le domaine public en Espagne”, *RISA*, Vol. XXII, 1956, nº 2, pp. 121 a 138, postura que matizará más adelante; GARRIDO FALLA, F.: “Sobre el régimen jurídico del dominio público”, en *Problemática de la Ciencia del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Pi y Suñer*, Bosch, Barcelona, 1962, pp. 305 a 340; *idem*: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, 10ª ed. (1ª ed. 1960), Tecnos, Madrid, 1992, pág. 411; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Apuntes de Derecho Administrativo*, T. I, Madrid, 1981-1982, pp. 15 y ss.; SAINZ MORENO, F.: “Dominio publico, patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional”, en *Comentario a las Leyes Políticas* dirigida por Oscar Alzaga Villaamil, T. X, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985, pp. 123 a 217.
- (10) El Tribunal Supremo ha dejado sentado que “*el dominio público, cualquiera que pueda ser la configuración teórica, está concebido en nuestro Derecho positivo, no como una relación de poder, sino como una relación de propiedad, según los arts. 338 y 339 del Cc*” (SSTS 17 de marzo de 1980, ponente: Enrique Medina Balmaseda, Aranzadi 2.201; 3 de diciembre de 1982, ponente: José María Ruiz-Jarabo Ferrán, Aranzadi 7.774; 15 de octubre de 1984, ponente: Vicente Marín Ruiz, Aranzadi 4.996).

2.2. La confirmación del dominio público como título de potestad.

Hace algunos años, VILLAR PALASÍ, refiriéndose a nuestro objeto de estudio, puso de relieve que la consideración de la propiedad como el máximo señorío imaginable en Derecho sobre las cosas “*fue lo que hizo que se utilizara tal idea para configurar en el Derecho administrativo el título más intenso de intervención*”¹¹. Sin embargo, todas aquellas doctrinas que explicaron el dominio público desde la perspectiva dominical, no valoraron el dato verdaderamente relevante que esa intervención más intensa venía a suponer, es decir, no tuvieron en cuenta el carácter de “*título causal de intervención*” a que responde la técnica demanial. Esto, unido, según el mismo autor, al diferente juego que la categoría jurídica de cosa alcanza en el Derecho civil y administrativo, originaron “*la cosificación del demanio como obscurecimiento del fin de intervención*”¹², que tuvo lugar en el período preconstitucional.

Después de la brecha abierta por VILLAR PALASÍ, un sector de la doctrina *iusadministrativista* ha profundizado en la construcción del dominio público desligado de la idea de propiedad para explicar el régimen jurídico demanial¹³. Con ello no se niega que las Administraciones Públicas puedan ser propietarias de bienes patrimoniales, sino se quiere resaltar que, una vez que esa propiedad se demanializa mediante el mecanismo de la afectación, dicha propiedad *per se* no explica el régimen jurídico del dominio público. La afectación provoca la conversión del título dominical de la Administración en un título demanial. Se puede decir que, en estos casos, la propiedad civil

(11) VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apuntes de Derecho Administrativo. Dominio público*, T. X. Madrid, 1966-67, pág. 25.

(12) *Ibidem*, pág. 28; ídem: *La intervención administrativa en la industria*, *op. cit.*, pp. 137 a 206.

(13) En este sentido, sin ánimo exhaustivo, LEGUINA VILLA, J.: “Propiedad privada y servidumbre de uso público en las riberas del mar”, *RAP* n° 65, 1971, en especial, pág. 95; ARIÑO ORTIZ, G.: *La afectación de bienes al servicio público*, ENAP, Alcalá de Henares, 1973; PAREJO GAMIR, R., RODRÍGUEZ OLIVER, J.M.: *Lecciones de dominio público*, Madrid, 1975; GALLEGO ANABITARTE, A.: “Los cuadros del Museo del Prado. Reflexiones histórico dogmáticas-jurídicas con ocasión del artículo 132 (y 133.1) de la Constitución Española de 1978”, *Estudios en homenaje del profesor Mesa Moles*, Madrid, 1981, pp. 227 a 309; ídem: *El Derecho de Aguas en España*, *op. cit.*; CLIMENT BARBERÁ, J.: “Perspectivas de la titularidad de bienes de dominio público y la idea de competencia”, *Libro homenaje al profesor Juan Galván Escutiá*, Universidad de Valencia, 1980, pp. 119-138; PAREJO ALFONSO, L.: “Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general”, *RAP* n° 100-102, Vol. III, 1983, pp. 2.379-2.422; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, JM: *La actividad...*, *op. cit.*, pp. 343 a 346; ESTEVE PARDO, J.: “Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las afectaciones a non domino”, *RAP* n° 113, 1987, pp. 181-213; VERGARA BLANCO, A.: “La teoría del dominio público: el estado de la cuestión”, *Revista de Derecho Privado* n° 114, 1988, pp. 27-58; MEILÁN GIL, J.L.: *La ordenación jurídica de las Autonomías*, *op. cit.*, pág. 112; MORILLO VELARDE, J.I.: *Dominio público*, Trivium, Madrid, 1992.

de las Administraciones permanece latente, en la medida que por el acto de la desafectación vuelve a cambiar el título y aparece aquella nuevamente; no obstante, durante la afectación no existe propiedad sino potestades que se agrupan en torno a un título genérico de potestad, el dominio público, y esto es lo que verdaderamente importa.

Lo dicho se refuerza cuando se destaca la importancia de los principios constitucionales inspiradores del régimen demanial. Su existencia debe valorarse, por supuesto, como un instrumento de defensa de la titularidad demanial, pero nunca debe olvidarse que *“se extiende en su sentido sustantivo a asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute”*¹⁴.

De este modo, el demanio consiste, fundamentalmente, en un régimen exorbitante de protección, en cuya virtud se atribuye a la Administración un haz de potestades para que, en línea con la concepción funcional de la potestad, se realice el fin público llamado a satisfacer, lo cual implica una obligación de actuar en favor del mismo¹⁵.

De este entendimiento del dominio público se derivan dos importantes efectos. En primer lugar, la imposibilidad de realizar cualquier acto o negocio jurídico privado que tenga como objeto bienes incorporados al dominio público, porque supondría una traslación a los particulares de unos poderes indisponibles para la Administración. Y, en segundo lugar, si el dominio público no es una propiedad —y no lo es— resulta comprensible que la Administración no pueda ceder un título (propiedad) del que carece, o constituir otros derechos limitados que tengan como presupuesto la existencia de aquél.

2.3. La reviviscencia del demanio natural en la doctrina del Tribunal Constitucional.

El dominio público no ha quedado exento de la depuración a que la Constitución ha sometido a todas las instituciones del Derecho preexistente. Ahora bien, su larga trayectoria histórica ha motivado que en dicha depuración reaparezcan elementos tradicionales cuyo valor se realza a la luz del nuevo texto constitucional, tales como la cualidad de *“res extracommercium”*

(14) STC 227/1988 de 29 de noviembre, FJ 11.

(15) Vid. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M.: *La actividad...*, op. cit., pág. 67. En un sentido similar al expuesto, PAREJO GAMIR y RODRÍGUEZ OLIVER definen el dominio público *“antes que un conjunto de bienes, lo que representa es un soporte jurídico de potestades; un título jurídico de intervención que lo que permite es que la Administración titular de esté en posición jurídica hábil para disciplinar las conductas de quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales”* (Lecciones de dominio público, op. cit., pág. 8).

de sus bienes o su indisponibilidad. En palabras del Tribunal Constitucional: *“la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato. El bien de dominio público es así ante todo res extracommercium...”*¹⁶.

Este pasaje jurisprudencial está en línea con las posiciones que habían mantenido las doctrinas decimonónicas sobre el dominio público. Plantea una clara alternativa a la concepción patrimonialista o propietaria que, de manera dominante, ha explicado la naturaleza de esta institución a lo largo del presente siglo, según la cual, el dominio público dejaría de ser una propiedad especial o administrativa para convertirse en una institución con sustantividad propia, en una forma de titularidad sometida a un régimen jurídico público¹⁷, tal como lo contempla nuestra Carta Magna.

Desde la perspectiva constitucional, el dominio público y la propiedad privada son dos formas de titularidad que no se reconducen al género común propiedad¹⁸. Aparecen como dos posiciones jurídicas activas claramente diferenciadas por las atribuciones de las que viene investido su titular: potestades en el demanio y facultades en la propiedad.

La ubicación sistemática de ambas instituciones en la Constitución denotan ya su distanciamiento. La propiedad privada se mueve dentro de los derechos de los ciudadanos (art. 33); el dominio público actúa como un instrumento al servicio de la Economía y la Hacienda (art. 132). Pero, además, la conformación legislativa de una y otra institución ha discurrido por caminos separados a lo largo del último siglo, lo que se ha reforzado en el periodo postconstitucional. La propiedad privada ha sufrido un proceso de constricción, por cuanto las facultades que se reconocen a su titular (por ej.: la pro-

(16) STC 227/1988, 29 de noviembre, FJ 14.

GALLEGO ANABITARTE comentando esta sentencia, y en concreto este fundamento jurídico, señala que *“es una confirmación plena del dominio público como jurisdicción, el dominio público no como propiedad, sino como, sencillamente, la declaración de que un bien está excluido del comercio, es un bien que no pertenece a nadie y por tanto lo que hay que hacer es protegerlo”* (“Concepto de dominio público hidráulico”, en *Ley de aguas: análisis de la jurisprudencia constitucional*, MAP (INAP), Madrid, 1990, pág. 35).

(17) Vid. MORILLO VELARDE, J.I.: *Dominio público*, op. cit. pág. 80.

(18) Los modernos estudios sobre la propiedad van en esta línea, vid. BARNES VÁZQUEZ, J.: *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 48-49 y 341 nota 74; LÓPEZ LÓPEZ, A.: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 79 a 87; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: “Comentario al Título primero del Código Civil”, en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil*, T.I., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 936.

piedad agraria, del suelo...) se han configurado restrictivamente al mismo tiempo que se han limitado, todo ello justificado por la función social que ha de cumplir; sin embargo, el demanio se ha visto favorecido por una evolución expansiva justificada por la utilidad pública que representa¹⁹.

El artículo 132.1 CE, como es bien sabido, permite que por un acto legislativo se determine qué bienes van a quedar incorporados al dominio público estatal. La idea de que para la Constitución el dominio público no es una propiedad, tiene su reflejo en la recuperación de la vieja categoría del dominio público natural implícita en el artículo 132 de la CE y destacado por la jurisprudencia constitucional al separar las competencias normativas del Estado y las Comunidades autónomas. De este modo se reserva la potestad exclusiva de demanializar categorías genéricas de bienes al Estado, tanto por su competencia exclusiva en materia civil (art. 149.1.8a. CE), como por la función de garantizar la igualdad sustancial de todos los ciudadanos en el territorio nacional mediante el establecimiento de las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales (art. 149.1.1a. CE)²⁰. Sobre la base de esta

(19) La Constitución —señala FONT i LLOVET— “*ha atribuido, en realidad una suerte expansiva al dominio público que no acompaña, en cambio, a la propiedad privada*” (“La ordenación constitucional del dominio público”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T.V., Civitas, Madrid, 1991, pág. 3931; artículo donde el autor entronca el dominio público con la cláusula del Estado social—pp. 3917 a 3942—).

(20) Cfr. STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 14. El texto del anteproyecto de la Constitución hacía expresa mención al “dominio público por su naturaleza” en el artículo 124.2, referencia que desapareció por una enmienda defendida por MEILAN GIL en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas esgrimiendo la tradición doctrinal del decano HAURIU y su doctrina del *metre carré* (Cfr. *Trabajos Parlamentarios de la Constitución Española*, T. II, edición preparada por SAINZ MORENO, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, pp. 1467 y ss.). Sin embargo, no ha sido éste un argumento contundente para que se abandone definitivamente la referencia al demanio natural. Todo lo contrario, se ha reafirmado y reinterpretado apareciendo como un acto de predeterminación legal por el cual se demanializa el género de bienes que tiene unas características físicas o naturales similares.

La relevancia es tal que el Tribunal Constitucional lo ha utilizado como un argumento esencial en la delimitación del juego entre la ley estatal y autonómica, vedando a esta última la posibilidad de determinar un demanio público natural autonómico. En este sentido, también la incorporación al “dominio público estatal” de una serie de bienes fue una novedad que se introdujo por una enmienda del Grupo socialista en el Senado, ya que el texto del anteproyecto sólo utilizaba la expresión “dominio público” sin prejuzgar el legislador, estatal o autonómico, competente para determinar este tipo de demanio. En la doctrina algunos autores, con anterioridad a la sentencia sobre la Ley de Aguas, defendían la existencia de un dominio público natural de titularidad autonómica, como por ejemplo los montes. Vid. GUAITA MORATELL, A.: *Derecho administrativo. Aguas, montes, minas*, op. cit., pág. 27; SALA ARQUER, J.M.: “Comunidades Autónomas y dominio público”, Organización territorial del Estado (Comunidades Autónomas), T. IV, Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF Madrid, 1984, pp. 2.783-2.829. En general, sobre el dominio público natural, por todos vid. GUAITA MORATELL, A.: *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*, 2ª ed. (1ª ed., 1982), Civitas, Madrid, 1986, pág. 18 y ss.; también la STC 227/1988, de 29 de noviembre, ponente LEGUINA VILLA, FJ 14.

distinción, tanto la jurisprudencia²¹ como la doctrina²² destacan las distintas consecuencias jurídicas que se derivan de uno u otro tipo de bienes.

Dos son las consecuencias más significativas entre las comúnmente estudiadas: las CCAA no pueden ser titulares del dominio público natural contemplado en la Constitución, aunque tengan competencias sobre el bien que puede ser objeto de demanialización, tema cuyo análisis excede del ámbito del presente trabajo²³. En segundo lugar, y lo que ahora interesa, la propia naturaleza del dominio público se ve afectada, puesto que en el dominio público natural no existe ningún atisbo de propiedad, mientras que el dominio público artificial o por afectación permite que una propiedad (bien patrimonial) se incorpore por el mecanismo de la afectación al demanio. Sólo en este último caso es donde podría hablarse de la existencia de una propiedad²⁴.

En resumen, para la Constitución, según ha establecido su más alto intérprete, *“el régimen demanial comporta la titularidad pública de los bienes*

(21) Estas tesis han sido asumidas por nuestro Tribunal Supremo y así, la STS de 31 de mayo de 1988 (ponente Francisco González Navarro, Aranzadi 4.060) ha destacado la distinción entre ambos tipos de dominio público cuando, por ejemplo, ha señalado que *“el llamado dominio público no es una unidad jurídica unitaria, hasta el punto que la doctrina hace tiempo que viene hablando de la “escala” del dominio público, precisamente para poner de manifiesto las diferencias entre unos y otros bienes de dominio público. Dominio público natural y dominio público artificial por ejemplo, ofrecen diferencias tan importantes que su tratamiento jurídico no es ni puede ser el mismo. Y la propia Constitución vigente se hace eco de esta realidad...”*.

(22) Es precisamente ese distinto tratamiento el que justifica la relevancia de este tipo de demanio al cual se asocian importantes consecuencias jurídicas. En efecto GARCÍA DE ENTERRÍA ha destacado cómo en relación a este dominio público sólo opera la des-afectación por lo que se ha denominado “degradación” de sus condiciones físicas *“Sobre la imprescriptibilidad del dominio público”*, en *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1974, pág. 118 (existe una edición del año 1955). Por otro lado, este mismo autor ha destacado como el ejercicio del *interdictum propium* que no se somete a plazo alguno sólo debería predicarse para el dominio público natural (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pág. 765).

(23) El Tribunal Constitucional ha dejado sentado que *“las normas que distribuyen competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre bienes de dominio público no prejuzgan necesariamente que la titularidad de los mismos corresponda a éste o aquéllas”*, reiterando a continuación que el artículo 132.2 no es en sí mismo una norma de distribución de competencias... lo que establece... es una reserva de ley...” (STC 227/88). Sobre los criterios de reparto de competencias en materia demanial *vid.* MUÑOZ MACHADO, S: *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, T.I, Civitas, Madrid, 1982, pp. 538 a 543, SALA ARQUER J.M.: “Comunidades Autónomas y dominio público”, *op. cit.*, en particular las pp. 2.817 a 2.823, MEILÁN GIL, J.L.: *La ordenación jurídica de las Autonomías*, *op. cit.*, pp. 111 a 115 y pp. 137 a 142. Una visión global sobre el régimen de distribución de competencias en relación a los recursos naturales en SÁNCHEZ BLANCO, A: “Distribución de competencias en materia de recursos naturales (aguas, minas, montes)”, en *Estudios sobre la Constitución española*, *op. cit.*, T. IV, pp. 3.567 a 3.669.

(24) STC 227/ 1988, 29 de noviembre, FJ 18.

sobre los que recae, pero sobre todo supone que tales bienes queden sujetos a reglas exorbitantes del Derecho privado²⁵”; por este motivo, lo relevante es “la potencialidad expansiva del dominio público como título de intervención²⁶”.

2.4. La superación de posibles objeciones desde la perspectiva civilista.

2.4.1. El “*ius disponendi*” es un elemento esencial de la propiedad.

SAINZ MORENO, en un documentado trabajo, se ha planteado la siguiente cuestión: si la facultad de disposición se integra en el contenido esencial del derecho de propiedad, no es posible reconducir el dominio público a ninguna forma de propiedad pero si, por contra, aquella facultad no forma parte de dicho contenido, no existiría ningún inconveniente en concebir el demanio como una forma especial de propiedad.

La conclusión a la que llega el autor citado es que se puede concebir una propiedad cuyo objeto resulte indisponible para su titular, por eso se inclina a favor de la segunda de las posiciones expuestas²⁷.

Los criterios que nos proporciona una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional denotan otra realidad bien distinta. En efecto, tanto si se utiliza el criterio de la garantía de la *naturaleza jurídica*, como si se valora el de los *intereses jurídicamente protegidos*, la facultad de disposición se integra en el *contenido esencial* de los diferentes estatutos en que se diversifica la propiedad como institución²⁸.

Tal y como exige el primero de los criterios apuntados por el Alto Tribunal, se puede afirmar que la facultad de disposición, junto a las de uso y aprovechamiento, es una de las notas de reconocibilidad externa de la propiedad según la conciencia jurídica existente entre los especialistas del Derecho en un momento histórico determinado, sin cuya presencia quedaría desnaturalizada.

Conforme al segundo de los criterios se llega a la misma conclusión. El derecho de propiedad nace para otorgar un aprovechamiento económico a su

(25) STC 227/ 1988, 29 de noviembre, FJ 18.

(26) STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 4, A).

(27) SAINZ MORENO, F.: “Dominio público, patrimonio del Estado...”, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

(28) *Vid.* STC 11/81, de 28 de abril, FJ 8º, relativa al derecho de huelga; STC 37/87, de 26 de marzo, FJ 1º, sobre la Ley de Reforma agraria andaluza; STC 149/91, de 4 de julio, FJ 8º A), sobre la Ley de Costas; para una aproximación general puede consultarse SANTA-MARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, T.I., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 459-460 y la bibliografía allí citada.

titular, de modo que no se podría realizar si no se reconociese tal facultad, de esta forma, “*se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*”.

Además, el derecho de propiedad es el presupuesto de otros derechos reconocidos constitucionalmente donde el *ius disponendi* está ínsito. Así sucede con el derecho a la herencia (33.1 CE) o a la libertad de empresa (38 CE). Ni el cambio en la titularidad en que *grosso modo* consiste la sucesión *mortis causa*²⁹, ni el intercambio económico que subyace en la libertad de empresa, podrían tener sentido si ese poder de disposición no formara parte de ese contenido intangible para el legislador. De existir una facultad que se pueda predicar del contenido esencial de las *propiedades*, esa es sin duda la facultad de disposición³⁰.

Los ejemplos de la propiedad histórico-artística o la agroforestal, nos ofrecerán una visión aproximada de cómo se ha configurado la facultad de disposición en algunas de las propiedades más fuertemente limitadas conforme a la función social que desempeñan³¹.

La Ley 16/85 de 25 de junio reguladora del Patrimonio Histórico español (LPHE), somete la transmisión de los bienes declarados de interés cultural o los inventariados a un conjunto de limitaciones, recogiendo quizá la concepción más restrictiva del *ius disponendi* que se haya realizado recientemente de una *propiedad vinculada*. La transmisión de estos bienes por actos *inter vivos* o *mortis causa* es objeto de inscripción en un Registro General dependiente de la Administración del Estado (art. 12 y 26.6.c LPHE); los propietarios de tales bienes deben *comunicar* a la Administración Pública correspondiente cualquier enajenación que pretendan realizar, declarando el precio y las condiciones en que se proponga aquélla, a efecto de que dichas Administraciones ejerzan su derecho de adquisición preferente mediante el tanteo o retracto sobre los mismos (art. 38 LPHE). Al propio tiempo, en

(29) La facultad de disposición en la herencia se ejerce a través de la capacidad de testar; en la sucesión “*ab intestato*”, a falta de voluntad expresa del causante, se ejerce del modo predeterminado por el legislador; y en aquellas vinculaciones que el Derecho establece, aunque se limite el poder de disposición, permanece en todo caso la transferencia de titularidad que caracteriza a toda disposición patrimonial.

(30) En este sentido LÓPEZ LÓPEZ, A.: *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, op. cit., págs. 138 y ss.; BARNES VÁZQUEZ, J.: *La propiedad constitucional*, op. cit., págs. 315 y ss.; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro homenaje al profesor García de Enterría*, T.II, Civitas, Madrid, 1991, pág. 1.263.

(31) Una referencia para conocer el régimen preconstitucional de las diversas propiedades vinculadas en AA.VV.: *La vinculación de la propiedad privada por planes y actos administrativos*, IEA, Madrid, 1976.

aquellos casos en que la transmisión del bien implique su exportación, se precisa la *autorización* expresa y previa del Estado (art. 5 LPHE). El grado de intervención es tal que, en algunos supuestos, los posibles adquirentes de dichos bienes están predeterminados por la ley, como sucede con los bienes muebles de interés cultural o inventariados pertenecientes a instituciones eclesiásticas, los cuales sólo pueden transmitirse a favor del Estado, entidades de Derecho público o a otras entidades eclesiásticas (art. 28 LPHE)³².

Con menores restricciones que la anterior, la Ley 4/89 de 27 de marzo sobre Conservación de los Espacios Naturales³³, también reconoce la facultad de disposición a los propietarios de las fincas agroforestales situadas en zonas declaradas espacios naturales, si bien sometida a la eventual utilización que haga la Administración del derecho de tanteo o retracto sobre dichas fincas (art. 10.3).

Con todo ello se pone de relieve que, incluso en aquellos casos donde el legislador postconstitucional ha llevado a cabo una regulación más restrictiva de la propiedad, la facultad de disposición siempre está presente en el contenido de los respectivos estatutos dominicales.

En conclusión, dado que el dominio público es por esencia indisponible, éste no puede considerarse como una clase de propiedad, por muy singular o matizada que resulte. Su configuración como título de potestad se erige como única alternativa viable.

2.4.2. *La accesión administrativa de bienes.*

En favor de la tesis de la propiedad, para defender al menos la idea de una “propiedad subyacente” o “latente” en los bienes de dominio público, se ha objetado que el reconocimiento de potestades administrativas sobre el demanio, por muy amplia que sea la mentalidad que se aplique, nunca podría explicar la apropiación por la Administración de los frutos surgidos en el demanio, los derechos que ejerce sobre el tesoro en él encontrado o la simple accesión de bienes al dominio público³⁴, expresiones civilistas que aparecen en el régimen del dominio público.

(32) Cfr. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español y la Ley de 25 de junio de 1985*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 259 y ss.; BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 488 a 493 y 617 a 639.

(33) Cfr. la STC 102/95, de 26 de junio, que se pronunció sobre esta ley.

(34) DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ concibe el dominio público como un título de potestad, lo que no obsta para que también exista una propiedad pública que explicaría aquellas potestades que no pueden considerarse como exorbitantes, tales como la accesión de bienes al demanio, los frutos o los tesoros. De este modo, el Estado actuaría sobre el dominio público de dos maneras distintas. De una parte *ope imperii* en lo que respecta a las potestades de carácter exorbitantes. Y de otra parte actuaría *ope dominio* en aquello que no se explique desde la exorbitancia *La actividad de la Administración*, *op. cit.*, pp. 343 a 346). En el mismo sentido SAINZ MORENO, F.: “Dominio público, patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional”, *op. cit.*, pág. 138.

Frente a ello cabe advertir que toda técnica jurídica en su formación puede recoger elementos dispersos de otras instituciones, incorporándolos como propios por un efecto reflejo, sin que esto afecte a la autonomía y sustantividad de la institución naciente, y sin que sea preciso acudir a la institución de referencia para explicar esas manifestaciones anecdóticas dentro del régimen demanial³⁵.

Derivar de la apropiación de los frutos, o de la accesión de los enramamientos aportados por una corriente de agua que existe una auténtica propiedad en el dominio público, es invertir los términos, dando un mayor peso a lo accesorio sobre lo principal, que viene constituido en este caso por la existencia de un título de potestad. Y adviértase que al igual que existe un deslinde administrativo que se regula por las leyes administrativas y no por las disposiciones del Código Civil, aunque guarden una semejanza por cuanto aquél se formó a imagen de éste, también se puede hablar de una accesión administrativa que no es la regulada en el capítulo II del libro II del Código Civil.

Un análisis no exhaustivo de la regulación que realiza el Cc de la accesión, demuestra que no se puede reconducir a la misma la accesión que se da en el dominio público. Por ejemplo, de las tres clases de frutos que prevé el artículo 354, frutos naturales, industriales o civiles, nunca podrían originarse estos últimos. En efecto, el Código los define como el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas. Estos frutos no se pueden originar en el dominio público, no porque se entienda que es improductivo, sino porque la inalienabilidad del demanio impide que se realicen los negocios jurídicos que actúan de causa para percibir tales frutos³⁶.

Por otra parte, si entendiéramos que el Estado es el propietario de lo edificado, plantado o sembrado por un tercero en el dominio público por aplicación del artículo 358 del Cc, y si quien lo edificó, plantó o sembró actúa de buena fe, siguiendo la lógica del Código, el Estado podría hacerse con la obra previo el pago de la correspondiente indemnización (art. 361 Cc). Ahora bien, si nos detenemos un momento observaremos que todas estas

(35) La búsqueda de esa independencia conceptual ha sido destacada por PAREJO ALFONSO al señalar que *"resulta diáfano que la posibilidad misma de una teoría general del dominio público como propia del Derecho administrativo tiene como presupuesto mismo la superación de su condicionamiento por las categorías jurídico-privadas nominalmente correlativas"* (*"Dominio público: un ensayo de reconstrucción..."*, *op. cit.*, pág. 2.382).

(36) Las rentas derivadas de la utilización especial o privativa del dominio público se producen necesariamente en régimen de Derecho público, al considerarse dichos rendimientos como precios públicos de conformidad con el artículo 24.1, a) de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de *Tasas y Precios públicos*.

actuaciones son usos del dominio público que, en consecuencia, están sometidos a autorización y cuya omisión está tipificada como infracción administrativa. Si el particular está amparado por una autorización esos frutos ingresarán en su patrimonio y no en el del Estado. En el caso de que no exista esa autorización, el legislador no quiere que el Estado, previa indemnización, se haga con lo edificado, plantado o sembrado sino que, aparte de las sanciones que se impongan al particular por estas acciones, se le obliga a que restablezca la integridad del dominio público dañado por estos actos. Aquí no existe accesión sino una regulación administrativa que protege la integridad del demanio y que impone la potestad-deber de demoler lo indebidamente construido³⁷.

Asimismo, tampoco podría aplicarse la hipoteca de las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas previstos en el artículo 1.877 Cc en la medida que, como en el caso anterior, la inalienabilidad del dominio impide este gravamen.

Las descritas son algunas muestras que ponen de relieve que la accesión a que aluden las leyes administrativas no se corresponde con la prevista en el Código Civil. Aquella tiene sus peculiaridades al igual que ocurre con el deslinde y amojonamiento administrativo.

Baste nuevamente la claridad de ideas de VILLAR PALASÍ para cerrar este apartado al afirmar que *“la idea del demanio viene siendo enfocada desde esa coseidad, sin parar mientes, absurdamente, en que es sólo una técnica funcional y no una cosa... el dominio público nació más bien, y pervive hoy, como una técnica jurídica eficaz, con un sentido plenamente funcional: construir un título de intervención administrativa plena”*³⁸. Palabras de plena vigencia en el régimen constitucional.

(37) Vid. los artículos 69, 108 d), 110 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

(38) VILLAR PALASÍ, J.L.: *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas*, Universidad Complutense, Madrid, 1968, pág. 32.

III. LA AFECTACIÓN COMO CLAVE EN LA REGULACIÓN POR RAZÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

3.1. Un concepto integrador: la afectación a un fin constitucionalmente legítimo.

La afectación es el *criterium esencial*³⁹ del dominio público, del cual derivan todas sus especialidades; de ahí que nuestro constituyente le haya otorgado junto con la indisponibilidad naturaleza constitucional⁴⁰. Supone el destino de un bien a un fin de utilidad pública definido explícita o implícitamente por el legislador. Estos fines, después de una larga evolución, se identificaron con el destino al uso público, al fomento de la riqueza nacional, al servicio público o a la defensa, tal y como quedaron recogidos en el artículo 339 de nuestro Código Civil; fines que fueron aglutinados bajo la conocida fórmula “afectación al uso o servicio público” recogida en la legislación administrativa⁴¹.

(39) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “Sobre la imprescriptibilidad del dominio público”, en *Dos estudios...*, *op. cit.*, pág. 95. Lo que quiere señalarse es que “sin afectación no hay dominio público” (DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M.: *La actividad de la Administración*, *op. cit.*, pág. 348).

(40) En la doctrina española, aparte de las referencias contenidas en las obras generales sobre el tema, puede consultarse BALLBÉ PRUNES, M.: “Dominio público”, *op. cit.*, pp. 778 y ss.; GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A.: “Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español”, *RAP* n° 29, 1959, pp. 11 a 57; ALONSO-CORTÉS CONCEJO, A.: “La planificación en la mecánica de la afectación demanial”, *DA* n° 95, 1965, pp. 51 a 54; RIVERO YSERN, E.: “Las afectaciones y desafectaciones naturales de la zona marítimo-terrestre en el Derecho español”, en *Estudios en Homenaje al profesor López Rodó*, Vol. II, CSIC, Madrid, 1972, pp. 337 a 362; ARINO ORTIZ, G.: *La afectación de bienes al servicio público*, INAP, Madrid, 1973; CLIMENT BARBERÁ, J.: *La afectación de bienes al uso y servicio público*, Institución Alfonso el Magnánimo, Valencia, 1979; *idem*: “Perspectivas de la titularidad de bienes de dominio público y la idea de competencia”, en *Libro homenaje a Galván Escutiá*, Universidad de Valencia, 1980, pp. 119 a 138; SÁNCHEZ BLANCO, A.: *La afectación de bienes al dominio público*, *op. cit.*; SALA ARQUER, J.M.: *La desafectación de bienes al dominio público*, INAP, Madrid, 1980; ESTEVE PARDO, J.: “Consideraciones sobre la afectación de bienes al servicio público a partir de las llamadas afectaciones a non domino”, *RAP* n° 113, 1987, pp. 181 a 213. En cuanto a la indisponibilidad, la doctrina se ha ocupado de ellos en dos magistrales trabajos que, pese al lapso transcurrido, no han perdido su valor general como referencia obligada, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho administrativo*, IEP, Madrid, 1955, reeditado en Tecnos en 1974; CLAVERO ARÉVALO, F.: “La inalienabilidad del dominio público”, *RAP* n° 25, 1958, pp. 11 a 84, convertido en una monografía publicada ese mismo año por el Instituto García Oviedo.

(41) Art. 1.1 de la LPE, a *sensu contrario*; art. 79.3 LBRL; art. 2.2 RBEL; art. 3 de la Ley 8/87, de 28 de abril, del *Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias*.

La afectación implica un aumento de la esfera de actuación pública por cuanto de ella deriva el reconocimiento a favor de la Administración de un título de gran cobertura y, de otra parte, convierte a los bienes afectados en *res extra commercium* y, en consecuencia, los sitúa fuera del tráfico jurídico privado. De este modo, la afectación no va a traer consigo un aumento de las propiedades administrativas sino un acrecentamiento de los bienes sobre los cuales la Administración asume una posición de garantía respecto a los fines que los mismos están llamados a satisfacer. Es una posición de tutela, de custodia, de guarda o vigilancia, de protección, de garantía en razón de dichos fines, nunca de propiedad.

Ahora bien, está claro que el Código Civil cuando recogió los criterios enunciados como determinantes de la demanialización, tan sólo realizó una fotografía de la institución en un momento histórico determinado. De ahí que con el andar de la institución dichos fines deben adecuarse a la nueva realidad donde se aplica, esto es, a la realidad constitucional. Porque, como se sabe, “*es la legalidad ordinaria la que debe ajustarse en su inteligencia y en su aplicación al orden constitucional*”⁴², y no al contrario. La cuestión ha sido puesta de relieve por nuestro Tribunal Constitucional al relacionar la afectación no con el Código Civil sino con la propia Constitución, destacando que la afectación lo puede ser a “*cualquier fin constitucionalmente legítimo*”⁴³. Esta doctrina, pensada para el demanio natural, también es de aplicación a los bienes singularmente afectados porque, aunque *prima facie* aparezcan afectados directamente a un “uso o servicio público”, indirectamente también se estará satisfaciendo un fin constitucionalmente legítimo⁴⁴.

Con ello, como ha destacado la doctrina, se pone de manifiesto la imposibilidad de conseguir un criterio totalmente objetivo de afectación⁴⁵, realidad consubstancial a la mutabilidad de los fines públicos llamados a satisfacer a través de esta técnica. Lo importante es que dichos fines se induzcan siempre de nuestra Constitución y que la técnica demanial sea proporcio-

(42) STC 22/1984, de 17 febrero, FJ 3º.

(43) STC 227/1988, 29 de noviembre, FJ 14. En esta misma línea PAREJO ALFONSO apunta cómo en el dominio público su “*consistencia viene dada no por relación a los bienes que en un momento dado lo sirven (le aportan el soporte instrumental), sino en función de los cometidos propios del poder público en los que se expresan las necesidades y las aspiraciones sociales (históricamente cambiantes y, por tanto, evolutivas); cometidos que dicho poder debe permanentemente cumplir...*” “Dominio público: un ensayo de reconstrucción...”, *op. cit.*, pág. 2.404).

(44) Si una calle, pongamos por caso, se afecta al uso público incorporándose al dominio público dicha incorporación sólo es legítima en cuanto el dominio público es un instrumento necesario para hacer efectivo el derecho a circular libremente por el territorio nacional, y así se podría seguir con todos los bienes demaniales singularmente afectados.

(45) MORILLO VELARDE, J.I.: *Dominio público*, *op. cit.*, pp. 107-108.

nal para la consecución de los mismos. Por tanto, sería conveniente que se tendiera hacia una mayor concreción de los fines a satisfacer a través de esta técnica cada vez que se haga uso de la misma. Es precisamente esa concreción del fin la que nos permite valorar mejor su correcta utilización.

La *publicatio* demanial entendida de este modo, nos puede permitir aclarar la naturaleza de algunos patrimonios públicos a caballo entre su consideración demanial o como un patrimonio *sui generis*, aunque —debe advertirse— también se corre el peligro de una hipertrofia demanial que desvirtúe la institución y la convierta en inservible. El equilibrio entre la adaptación de la institución a las nuevas realidades y el establecimiento de una frontera cuyo franqueo suponga la inutilidad de la institución no será tarea fácil.

3.2. Puesta a prueba de la institución.

3.2.1. *El Patrimonio Histórico Artístico.*

La regulación del Patrimonio Histórico Artístico Español (PHE), al que ya se ha hecho referencia, se enmarca en la línea descrita por el Tribunal Constitucional ⁴⁶. Nuestra Constitución impone a los poderes públicos el deber de promover y tutelar el acceso a la cultura (art. 44), removiendo todos aquellos obstáculos que pudieran impedirlo (art. 9.2), de forma que se configure *el servicio de la cultura como deber y atribución esencial* (149.2) ⁴⁷. Como una especificidad de ese mandato, aquéllos deberán garantizar la conservación y el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46) y es que, como afirma nuestro Alto Tribunal, “*no hay duda de que estos bienes, por su naturaleza, forman parte de la cultura de un país y, por tanto, del genérico concepto constitucional de cultura*” ⁴⁸.

(46) Como muestra del interés que sigue suscitando el Patrimonio Histórico en la doctrina, por citar las monografías más recientes, *vid.* BENÍTEZ DE LUGO, F.: *El Patrimonio Cultural Español (Aspectos jurídicos, administrativos y fiscales)*, Comares, Granada, 1988; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.: *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, *op. cit.*; BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, *op. cit.*; ALONSO IBÁÑEZ, M.R.: *El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural*, Civitas, Madrid, 1992; ALEGRE ÁVILA, J.M.: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico Artístico*, dos tomos, Secretaría General Técnica del Ministerio de Cultura, Madrid, 1994; MARTÍN REBOLLO, L.M.: *El comercio del Arte y la Unión Europea*, Civitas, Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid, 1994.

(47) Deben tenerse en cuenta también los títulos competenciales del Estado previstos en el artículo 149.1.28ª y los de las CCAA recogidos en el artículo 148.1 apartados 15ª, 16ª y 17ª. *Vid.* PÉREZ MORENO, A.: “El postulado constitucional de la promoción y conservación del Patrimonio Histórico Artístico” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, *op. cit.*, T. II, pp. 1621 a 1641.

(48) STC 17/1991, de 31 de enero, FJ 2º.

En coherencia con estos fines constitucionales, el artículo 44 de la *Ley de Patrimonio Histórico Español* (LPHE) dispone que “*son de dominio público los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquiera índole o por azar*”⁴⁹. Esta demanialización *ex lege* no puede reconducirse a la idea del dominio público como bien afecto al uso público y mucho menos a la idea de servicio público⁵⁰. Es una demanialización que tiene por objeto, en general, “*la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras*” de ese patrimonio, como así reconoce el artículo primero de la Ley.

El hecho de que todos los bienes integrantes del PHE cumplan con una “función constitucional de la cultura”⁵¹, no empece para que una parte de los mismos se integren en el régimen demanial por cumplir dicho destino. El mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos para que protejan dicho patrimonio, independientemente de su titularidad (46; 149.2 CE), no es sino un reflejo de otro principio constitucional, a saber: toda la riqueza de nuestro país en sus distintas formas está subordinada al interés general (128.1 CE), sin importar que esa riqueza sea económica, cultural o artística. Los poderes públicos, a fin de encauzar esa “riqueza cultural” a la satisfacción del interés de todos, pueden utilizar diversos medios: demanializar una parte, imponer limitaciones a la propiedad privada o establecer estímulos dentro de una política de fomento, entre otras. Toda esa riqueza cumple un mismo destino y esto no prejuzga ni su naturaleza ni su estatuto jurídico⁵².

(49) Una visión civilista del tema puede obtenerse en MOREU BALLONGA, J.L.: “Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico”, *RAP* n° 132, 1993, pp. 171 a 208.

(50) En este sentido ALEGRE ÁVILA, J.M.: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, op. cit., pág. 365; por otro lado, PARADA VÁZQUEZ señala en relación con estos bienes que “*cuando el titular del bien es un Ente público se reúnen los dos elementos decisivos para su calificación como bien demanial: el ya dicho de la titularidad, y la afectación a fines de servicio público*” (*Derecho Administrativo. III, Bienes públicos. Derecho Urbanístico*), 5ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 286).

(51) Vid. PRIETO DE PEDRO, J.: *Cultura, Culturas y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

(52) En la que constituye, y por largo tiempo será, la más completa monografía escrita sobre el Patrimonio Histórico Español, se manifiesta en contra ALEGRE ÁVILA, para el cual “*no estriba, pues, la afectación del dominio público arqueológico en el dato de la destinación de los “objetos y restos materiales” al servicio de la “función pública” de la cultura (en sentido amplio), pues dicha función es cumplida por todos los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español con independencia de su titularidad formal...*” *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, op. cit., T. II, pág. 365). De otro lado este mismo autor señala que la exclusión del tráfico jurídico privado de la riqueza arqueológica, supone relativizar la trascendencia del llamado elemento teleológico del dominio público, recordando a tal efecto los criterios establecidos en el Código Civil. Para ALEGRE ÁVILA la afectación a una función pública de los hallazgos arqueológicos, “es jus-

Está presente, en definitiva, la idea del dominio público como régimen jurídico especial de protección sobre unos bienes que en nada persigue la configuración de una propiedad a favor del Estado sobre los mismos. De unos bienes que, “*por estar dotados de singulares características, resultan portadores de unos valores que les hacen acreedores a especial consideración y protección en cuanto dichos valores (y hasta los mismos bienes) son patrimonio cultural de todos los españoles e incluso de la Comunidad Internacional por constituir una aportación a la cultural universal*”⁵³.

Hay que tener presente que no todos los bienes del Patrimonio Histórico Español se integran en el demanio. Dentro de ese conjunto de bienes conviven la titularidad pública y privada sobre los mismos y, a su vez, no todos los bienes de titularidad pública tienen naturaleza demanial⁵⁴. Este título de potestad sólo aparece cuando el legislador considera que la *protección* de

(...) *tamente ésa: impedir que su titularidad pueda atribuirse ex artículo 351 CC a los particulares...*” (op. cit., pág. 365). Sin embargo, tales consideraciones no son acertadas, a mi juicio. De una parte, no se produce tal relativización del elemento teleológico en sí mismo sino de los criterios determinantes de la demanialidad previstos en el Código Civil. Tal y como expuso nuestro Alto Tribunal, y así se recoge en el texto, la afectación puede ser a cualquier fin constitucionalmente legítimo. Esto implica que la afectación siga jugando un papel protagonista en esta institución. Sucede que hoy no puede reconducirse la institución demanial exclusivamente a los criterios establecidos en el citado Código. En la actualidad la explicación de cualquier institución pasa por el filtro de nuestra Carta Magna. El legislador es libre, dentro del marco constitucional, de dar un nuevo contenido a una determinada institución provocando de este modo un cambio respecto a su anterior configuración legal, tal y como ha sucedido con la propiedad. A la luz de nuestra Constitución se puede producir la demanialización de un bien por su afectación a fines distintos de los establecidos en nuestro Código Civil. De otra parte, ALEGRE ÁVILA confunde la afectación con el efecto o consecuencia que ésta produce. La afectación no es, como mantiene este autor, impedir que los particulares se apropien del bien. Éste es su efecto y no la afectación misma.

(53) STC 17/91, de 31 de enero, FJ 2º.

(54) Con anterioridad a la LPHE un sector de la doctrina se manifestaba a favor del carácter demanial de los bienes de titularidad pública integrantes del PHE, tales como ROCA ROCA, E: *El Patrimonio Artístico y Cultural*, IEAL, Madrid, 1976, pág. 28; SÁNCHEZ BLANCO, A.: *La afectación...*, op. cit., pp. 287 y ss.; en el caso concreto de los cuadros del Museo del Prado, GALLEGO ANABITARTE, A.: “Los cuadros del Museo del Prado...”, op. cit., pp. 227 a 309, en concreto, pp. 229 y 309, donde se pone de relieve cómo a lo largo de su historia sus cuadros han recibido todas las calificaciones jurídicas sobre las cosas conocidas en el Derecho público.

En la actualidad la doctrina se mueve entre la prudencia de no calificar expresamente dichos bienes, aunque matizando que su régimen se aproxima a los bienes de dominio público (BASSOLS COMA, M.: “El patrimonio histórico español: Aspectos de su régimen jurídico”, *RAP* n° 114, 1987, pág. 105), y un cierto escepticismo sobre su virtualidad, de modo que la calificación demanial sea insuficiente (ALEGRE ÁVILA, J.M.: *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, op. cit., T. I, pp. 612 y ss.) o intranscendente el recurso a la categoría del dominio público para explicar el régimen de los bienes de titularidad pública integrantes en el PHE (BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, op. cit., pág. 384).

estos bienes no es posible por otras vías. El diferente trato que reciben los bienes inmuebles y muebles en la LPHE es un claro ejemplo de lo dicho.

En el caso de los bienes inmuebles, la ley afecta por igual a los de titularidad pública o privada, sin que se prohíba su enajenación. Su protección se consigue a través de una serie de normas urbanísticas que imponen diversas limitaciones y prohibiciones a los titulares de tales bienes. La declaración de dominio público en este punto es innecesaria, e incluso podría ser hasta perjudicial, por cuanto podría actuar como desincentivo de las inversiones necesarias para que tales bienes estén en perfecto estado. La solución arbitrada por el legislador ha sido configurar una propiedad vinculada a la satisfacción de un fin público, que permita su tráfico *inter privato*, y no la aplicación del demanio que no lo permitiría. Lo dicho es sin perjuicio de que si estos bienes se afectan a los servicios administrativos del Estado adquieran la condición de demaniales⁵⁵, aunque esta demanialidad no derivaría de su condición como bien del PHE sino del hecho de su afectación a un servicio.

Sin embargo, en los bienes muebles se hace una utilización instrumental o *táctica* del dominio público, aunque formalmente no se declaren como tales. De una parte se dispone la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes muebles de titularidad de las Administraciones Públicas (art. 28. 1 y 2 LPHE). De otra parte, los bienes muebles que los particulares exporten sin autorización se declaran de *pertenencia* del Estado y se convierten en inalienables e imprescriptibles, a los efectos de que la Administración los recupere (art. 29.1 y 2 LPHE)⁵⁶. Con esta *publicatio* implícita se utiliza tácticamente la institución demanial, por cuanto lo único que se persigue es reconocer un apoderamiento a la Administración, un título de intervención para conseguir que unos especiales bienes sean traídos de nuevo a nuestro país.

No constituye un obstáculo a su consideración como demaniales la posibilidad de transmisión de dichos bienes entre Administraciones Públicas, ya que estos constituyen supuestos de *mutaciones demaniales subjetivas* (art. 28.2 LPHE)⁵⁷. Tampoco es argumento en contra señalar que todos los bienes integrantes del PHE cumplen con la misma afectación o que las notas de la inalienabilidad o imprescriptibilidad no sean exclusivas del régimen demanial. Si unimos todos los elementos que concurren en este caso, es decir, titu-

(55) Art. 1.1 de la Ley de Patrimonio del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 1.022/1964, de 15 de abril.

(56) Hay que tener en cuenta que al encontrarse estos bienes fuera de la jurisdicción del Estado, su reintegro a nuestro país necesita de la colaboración de los Estados a donde se hayan exportado ilegalmente tales bienes, lo que exige una disciplina internacional de la materia, tal y como prevé la Disposición adicional sexta de la LPHE.

(57) Sobre la mutación demanial *vid.* CLIMENT BARBERÁ, J.: *La afectación de bienes al uso y servicio público*, *op. cit.*, pp. 60 a 65.

laridad pública, afectación y un régimen jurídico exorbitante de protección, la balanza se decanta en favor de su incorporación al dominio público⁵⁸.

Asimismo, la protección de los fines que tales bienes cumplen es tal, que el legislador ha establecido una *publicatio ad cautelam* sobre todos los restos arqueológicos que sean descubiertos (art. 44 LPHE). De este modo se sitúan *extra commercium* unos bienes antes incluso de que sean conocidos, impidiendo así su apropiación por los particulares, con el consiguiente ahorro para el erario público del eventual justiprecio que debiera pagarse por su adquisición si fuese de aplicación el artículo 351 Cc, exceptuado expresamente para este supuesto.

Algunos bienes inmuebles, objeto paradigmático del régimen demanial, quedan fuera de ese régimen exorbitante de protección, mientras que los bienes muebles, objetos que en algunos casos pueden llevarse en los bolsillos de un pantalón, reciben un *plus* de protección respecto a su ya protectora consideración como PHE. El dominio público se amolda así al objeto sobre el que recae esa protección especial. La escala de la dominialidad de DUGUIT aparece nuevamente para recordarnos las especialidades del dominio público.

3.2.2. *El dominio público del espectro de frecuencias radioeléctricas.*

El legislador ha utilizado dos de los títulos más intensos para reducir el papel de los particulares en las telecomunicaciones: el dominio y el servicio público. Ambas técnicas han sido objeto de crítica pero, al mismo tiempo, se encuentran asentadas en nuestro ordenamiento y corresponde tratar de explicarlas. Centramos nuestra atención, por la naturaleza de este estudio, en aproximarnos al denominado dominio público radioeléctrico, reconocido en el artículo 7 de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT) y desarrollado por el RD 844/1989, de 7 de julio, por el que se regula la utilización de dicho dominio⁵⁹.

(58) En contra BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, op. cit., pp. 378 y ss.

(59) Dentro de la vertiente del servicio público la doctrina le ha dedicado una atención especial a la televisión, vid. GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982; ESTEVE PARDO, J.: *Régimen jurídico-administrativo de la televisión*, INAP Madrid, 1984; ARIÑO ORTIZ, G.: *El proyecto de ley sobre televisión privada*, IEE, Madrid, 1987; CHINCHILLA MARÍN, C.: *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos Madrid, 1988; J. BASTIDA, F.: *La libertad de antena. El derecho a crear televisión*, Ariel Derecho, Barcelona, 1990; GARCÍA LLOVET, E.: *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Marcial Pons, Madrid, 1991; MUÑOZ MACHADO, S.: *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Civitas, Madrid, 1993; LAGUNA DE PAZ, J.C.: *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, Madrid, 1994; GAY FUENTES, C.: *La televisión ante el Derecho internacional y comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

3.1. Un impreciso objeto demanial: las frecuencias radioeléctricas.

Uno de los principales problemas con el que se enfrenta el demanio hertziano es definir el objeto sobre el que se proyecta el poder de administración y tutela en que consiste el dominio público.

La primera posición que se mantuvo fue considerar que ese bien era el aire o espacio atmosférico, al considerarse que éste era el medio por el cual se propagaban las ondas. Éste fue el argumento utilizado por nuestro Tribunal Constitucional que consideró este bien como parte integrante del dominio público, tesis que utilizó con posterioridad el legislador para positivizar este dominio⁶⁰. Las objeciones que se opusieron a dicho planteamiento fueron fundamentalmente de dos tipos. Una material, argumentando que el aire era una *res communes omnium* insusceptible de apropiación y sometida a múltiples usos que en nada tenían que ver con la propagación de las ondas. El otro de carácter formal, ya que no existía ninguna ley que otorgara naturaleza demanial a dicho bien, tal y como exigía el artículo 132 de la CE⁶¹.

La LOT permite albergar a su vez otra interpretación que configuraría el espacio hertziano como algo con sustantividad propia, distinto al espacio atmosférico, cuando define dicho dominio como el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas (anexo nº 13 de la ley). Sigue siendo una posición parcial que hace del espacio, aunque sea especial, un medio imprescindible para la propagación de las ondas.

(60) La STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3º, estableció que “no es sólo el carácter de los bienes de necesaria utilización (que ofrecen posibilidades limitadas de uso) lo que determina una limitación del derecho implícitamente reconocido en el artículo 20 de la Constitución de crear los soportes de comunicación libre que el citado precepto garantiza. Hay otras circunstancias que conducen a un resultado semejante como son la articulación jurídica del goce de tales bienes y los problemas técnicos que plantea. Entre estos últimos hay que colocar el hecho de que la emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien que ha de ser calificado como de dominio público, con una calificación por nadie contradicha”. En la doctrina, a favor del espacio como bien demanial SÁNCHEZ BLANCO, A.: *La afectación...*, op. cit., pág. 159 y ss.; GARRIDO FALLA, F.: *Tratado...*, op. cit., pp. 443-444.

(61) Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Televisión pública y televisión privada*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 287 y ss.; ARINO ORTIZ, G.: *El proyecto de ley sobre televisión privada*, op. cit., pp. 105 y ss.; a favor, aun sin ser el objeto principal de su estudio, GALLEGO ANABITARTE, A.: *El Derecho de Aguas en España*, vol. I, op. cit., pág. 364. En Francia el artículo 10 de la ley de 17 de enero de 1989 también utiliza la técnica demanial para ordenar la utilización de las frecuencias, dando lugar al igual que en nuestro país a un debate sobre esta cuestión. La propia rúbrica de uno de los apartados de un artículo que se dedica a este tema ilustra bastante bien esta controversia: “Les ondes appartenent-elles au domaine public?”, por Beltrand DELCROS y Didier TRUCHET, en “La nouvelle réforme du droit de la communication audiovisuelle: la loi du 17 de janvier 1989”, *Revue Française de Droit Administratif*, 1989, pp. 251 a 258.

Cuando se comprueba técnicamente que el espacio no es el único medio utilizado para la propagación de las ondas, surgen nuevos argumentos para determinar el objeto demanial. Así se afirma que el objeto de afectación son las ondas hertzianas, ya que al ser éstas un tipo de energía pueden tener la consideración jurídica de bien, tal y como sucede con la energía eléctrica⁶². Sin embargo, lo decisivo no es determinar si la energía electromagnética es un bien, sino si ese bien es el objeto de afectación demanial, o en otros términos, si sobre esa energía se proyectan los poderes de administración y tutela de la Administración.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) pone bajo la responsabilidad de los Estados la administración y tutela de las frecuencias o bandas de frecuencias, al considerarse que éstas son limitadas o escasas. Lo que justifica la presencia del poder público es precisamente la administración de ese “bien” escaso. En este sentido el artículo 33.2 del Convenio Internacional de Telecomunicaciones de Torremolinos del año 1983, le otorga a las frecuencias una autonomía propia considerándolas como recursos naturales escasos al disponer que “en la utilización de las bandas de frecuencias para las radiocomunicaciones especiales, los miembros tendrán en cuenta que *las frecuencias y la órbita de los satélites geoestacionarios son recursos naturales limitados* que deben utilizarse de forma eficaz y económica para permitir el acceso equitativo de países...”. El objeto del dominio público, en este supuesto, serían por tanto dichas frecuencias.

El obstáculo que se presenta es determinar si las mismas pueden considerarse como un bien en sentido jurídico. Si partiéramos de la existencia dentro del Derecho administrativo de un concepto de “cosa pública” independiente y autónomo del que opera en el Derecho civil, tal y como ha mantenido un sector de la doctrina, la solución sería sencilla, por cuanto desde el propio Derecho administrativo se podría admitir que las frecuencias tendrían la consideración de “cosa pública” y, en su virtud, podrían ser objeto de afectación demanial⁶³. Sin embargo, no es preciso llegar a este extremo, ya que se puede considerar a las frecuencias como “bienes” desde una perspectiva civilista. En efecto, el Derecho Civil ha elaborado con los años una noción de bien espiritualizada que no se asocia necesariamente con la idea de cosa corpórea. En este sentido, la “cosa” en un sentido jurídico se ha definido como “*toda entidad, material o inmaterial, que tenga una existencia autó-*

(62) CHINCHILLA MARÍN, C.: *La radiotelevisión...*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

(63) En nuestra doctrina se han manifestado a favor de la teoría de la “cosa pública”, VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apuntes de Derecho administrativo*, *op. cit.* pp. 23 a 25; PAREJO GAMIR, R., RODRÍGUEZ OLIVER, J.M.: *Lecciones de dominio público*, *op. cit.*, pp. 7 y ss.; PAREJO ALFONSO, L.: “Dominio público...”, *op. cit.*, pp. 2.393 y ss.

noma y pueda ser sometida al poder de las personas como medio para satisfacerles una utilidad, generalmente económica”⁶⁴.

Las frecuencias radioeléctricas encajan en la definición expuesta. Serían una entidad inmaterial, por cuanto no son perceptibles por los sentidos. Tienen una existencia autónoma, en la medida que la UIT atribuye a cada Estado la administración de las mismas en el seno de su territorio, realidad que se concreta en el Plan Nacional de atribución de frecuencias. Si no existieran no se podría disciplinar su utilización, ni protegerlas de las interferencias que pudieran ocasionarse. Esto demuestra a su vez que se someten al poder de una persona, que otorga títulos de utilización de las mismas, que tutela su correcto uso evitando las interferencias, imponiendo sanciones por su utilización sin título o su incorrecta utilización. En fin, a través de las mismas se consigue un beneficio, en la medida que, por ejemplo, las empresas que actúan en el sector sin la atribución de una determinada frecuencia no podrían realizar su actividad y, en consecuencia, obtener el beneficio económico que se deriva de la misma. Lo dicho nos lleva a considerar a las frecuencias como un bien en sentido jurídico. Cuestión distinta es buscar cuál es el fin de utilidad pública al que estarían afectas, requisito que adelantamos también se cumple, tema que abordaremos en el apartado siguiente.

El dominio público de las frecuencias supone una etapa nueva dentro del desarrollo de la institución, y dentro de la misma del denominado dominio público inmaterial⁶⁵. Como todo cambio en la inteligencia de la institución, son comprensibles las posibles reticencias a su plena aceptación. Entre ellas pueden señalarse el origen del régimen jurídico demanial pensado fundamentalmente para los bienes inmuebles. El hecho de que no exista una elaboración del dominio público inmaterial y éste no goce de una gran aceptación⁶⁶. En fin, lo más importante, la posible incidencia de este nuevo dominio sobre las actividades desarrolladas por el mismo en un sector donde se reconoce un derecho fundamental.

Las críticas recibidas por el dominio público de las frecuencias, no sólo se han limitado a su objeto sino también a la técnica demanial misma. Algunos autores consideran que este dominio público no es respetuoso con el derecho fundamental a difundir y recibir información por cualquier medio consagrado en nuestra Constitución. Así, estos autores, estiman que

(64) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral. Introducción y parte general*, T.I, vol.II, 12ª ed., Reus, S.A., Madrid, 1978, pág. 563.

(65) Vid. Díez Pícazo, L.M.: “Breves reflexiones sobre el objeto del demanio”: los *iura in re aliena*, REDA nº 35, 1982, pp. 651 y ss.

(66) Así se manifiestan Garrido Falla, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, op. cit., pp. 415-416; Morillo Velarde, J.I.: *Dominio público*, op. cit., pp. 108 y ss.

la técnica correcta a utilizar sería la policía administrativa, que a través de la autorización operativa disciplinaría la utilización de las frecuencias⁶⁷. La solución, en principio, más acorde con el respeto a los derechos fundamentales, sólo pone el acento, sin embargo, en la actividad que se desarrolle por medio de dichas frecuencias, pero no explica la utilización de las mismas a las cuales hemos considerado como bienes. El debate nos llevaría no tanto a considerar si las referidas frecuencias son o no un bien de dominio público, sino a si la actividad que se desarrolla en las mismas debe considerarse como un servicio público. Si partimos de la autonomía conceptual de ambas técnicas, el régimen jurídico que disciplina la utilización de las mismas no prejuzga la naturaleza de las actividades que se desarrollen en ellas. Por ello considero que la técnica de la policía administrativa no es incompatible con la naturaleza demanial del bien. La primera disciplina las actividades que se desarrollan en las frecuencias; la segunda, la utilización del bien mismo. La policía administrativa no explica por sí sola esta segunda vertiente de la cuestión.

De este modo, en el ámbito de las telecomunicaciones van a estar presentes dos facetas. La primera, la incidencia sobre los bienes (frecuencias). La segunda, la repercusión sobre las actividades, donde la técnica más correcta con los derechos fundamentales sería la policía administrativa y no la del servicio público, o mejor dicho, la concepción regalística del servicio público consagrada por el legislador en este sector, cuestión cuyo tratamiento excede del ámbito del presente estudio.

Admitido que las frecuencias consideradas como bienes en sentido jurídico puedan formar parte del dominio público inmaterial, se plantea el problema de que este dominio se convierta en un obstáculo para la realización de un derecho fundamental como es el recibir y emitir información por cualquier medio. El problema se hará más evidente a medida que se avance en el proceso de liberalización de las telecomunicaciones, porque ante la inexistencia de un título que impida la prestación de una actividad libremente, como así sucede con el servicio público, el único argumento que aparece es la inexistencia de un derecho preexistente a la utilización especial o privativa del dominio público. Ante esta posible colisión de derechos, está claro que la balanza debe decantarse por el pleno desarrollo del derecho fundamental. La justificación de este dominio público se encuentra en la medida que sea un instrumento adecuado para salvar los obstáculos que impidan su pleno desarrollo, en definitiva, conseguir una ordenación racio-

(67) *Vid.* las mismas referencias que se hicieron de aquellos autores que criticaban que se demanializara el aire.

nal y adecuada de un bien escaso para dar plena efectividad a dicho derecho fundamental⁶⁸.

Sin embargo, ninguna de estas reservas supone un obstáculo insalvable para el estudio y análisis de una realidad legislativa que ha querido incorporar este bien al dominio público. Debe recordarse que el dominio público históricamente ha pasado por diversos episodios. De los bienes inmuebles, punto de partida en su evolución, dio paso a los bienes muebles; de los bienes de uso público pasó a los bienes reservados (v. gr. las minas); después al servicio público; y por último, del dominio público corporal al demanio inmaterial.

En todos estos cambios siempre hubo pretendidas crisis de una institución que sólo demostraba su *vis* expansiva, cambios en definitiva que con el tiempo se han asentado y asumido. Por otro lado, como se sabe, pese a la existencia de una doctrina general del dominio público, ésta no tiene operatividad si no se conoce el régimen concreto diseñado para cada bien porque, al igual de lo que acontece con el servicio público, no existe un régimen estructural válido para todos los bienes integrantes del dominio público. La escala de la demanialidad es una realidad incontestable aún hoy.

Por ello el dominio público de las frecuencias tendrá que adaptar las reglas generales del dominio público a sus propias peculiaridades, aunque si analizamos su régimen jurídico se observa que no existen grandes dificultades para amoldar el marco general de la institución (afectación, indisponibilidad, uso...) a este concreto bien.

3.2. El fin de utilidad pública determinante de su afectación.

La ordenación jurídica de la utilización de las frecuencias debe estar presidida por el hecho de que nuestra Constitución reconoce el derecho a emitir y recibir información por cualquier medio. Éste es el principal fin constitucionalmente legítimo de afectación de las frecuencias radioeléctricas, es decir, ser un instrumento que garantice el ejercicio de dicho derecho fundamental, lo cual se une con el deber impuesto a los poderes públicos de

(68) El tema lo ha visto muy bien BASTIDA cuando afirma que "*La reserva al Estado de la actividad televisiva y del dominio sobre el espectro de ondas y frecuencias radioeléctricas son medidas clásicas de este tipo. Su legitimidad está condicionada a que con ellas se persiga y se consiga la ordenación del ejercicio de la libertad, previsiblemente caótico sin la intervención del poder público...*" (J. BASTIDA, F.: *La libertad de antena...*, op. cit., pág. 138). Este autor, siguiendo la doctrina anglosajona, propone tratar a dicho dominio como un foro público (*ibídem*, pp. 169 y ss.).

remover todos los obstáculos que impidan que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Además, a partir de aquel derecho, puede canalizarse la realización de otros, como la promoción de la cultura, prevención de la salud, protección de la infancia y la familia, etc., fines que coadyuven a formar un dominio público de afectación múltiple.

Ante la escasez de las frecuencias y en la medida en que la efectividad de algunos derechos fundamentales dependa de su utilización, la técnica demanial aparece, en principio, como un instrumento razonable para “*asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute*”⁽⁶⁹⁾. La consideración como un bien de las frecuencias más su vinculación a la realización de una diversidad de fines constitucionales, permiten considerar como correcta la incorporación legislativa de estos bienes en el dominio público. Ahora bien, tal y como señalamos, la afectación demanial debe ser proporcional a la consecución de los fines de utilidad pública que pretende satisfacer. Es precisamente esa situación de escasez la que justifica la incorporación de las frecuencias al dominio público, de tal modo que “*las restricciones impuestas ya no podrán ser siempre fundadas en consideración al número de frecuencias y canales disponibles*”, tal y como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Auto *Informationsverein Lentia*)⁽⁷⁰⁾. Lo dicho evoca la idea de monopolio natural tantas veces utilizado para justificar la presencia del poder público.

Esta realidad evidencia que no se pueda explicar la afectación de estos bienes acudiendo a una simple referencia a su afectación a un servicio público⁽⁷¹⁾, porque, independientemente de que una parte del espectro de frecuencias cumpla este fin, no toda la utilización de éste está subordinada al servicio público. Es decir, este criterio no explicaría la afectación del resto de frecuencias que no se utilizan con tal finalidad y que también tienen naturaleza demanial. Así se reconoce por nuestro Alto Tribunal al señalar que el dominio público “*es susceptible de distintos usos para otro tipo de comunicaciones que se efectúan también mediante ondas radioeléctricas y distintas de la radio-difusión; razón por la cual es menester una ordenación unitaria del problema mediante la asignación de frecuencias y potencias para cada uno de los usos,*

(69) STC 227/1988 de 29 de noviembre, FJ 11.

(70) Citado en la STC 127/94, de 5 de mayo, FJ 6º.

(71) A favor del servicio público como criterio determinante de la demanialidad en este caso CHINCHILLA MARÍN, C.: *La radiotelevisión...*, op. cit., pp.135-136; 139. La postura de esta autora es un tanto contradictoria ya que si bien admite que el dominio público opera como un título de intervención declara con anterioridad que “*se trata de un bien que el Estado no tiene que adquirir porque al estar originaria, necesaria y naturalmente destinado a un servicio público estatal le pertenece sin más*” (ibídem, pág. 139, subrayado no original).

en cumplimiento de la disciplina internacional del tema, así como la previsión de otros problemas como, v. gr., puede ser la evitación de interferencias”⁷².

El dominio público del espectro radioeléctrico adquiere sentido cuando el servicio público de la radiodifusión entra en crisis. De una parte porque, como ya se ha apuntado, no todos los usos de las frecuencias son de radiodifusión, existiendo usos privativos abundantes (Retevisión, Moviline, Airtel...), e incluso usos especiales (v. gr. la denominada banda civil). Y, por otra parte, porque el servicio público de la radiodifusión está tratando de precisar su objeto, que no puede ser el simple acto de emitir una señal sino la aportación de alguna prestación vital a terceros. En esta situación, el uso de la frecuencia requiere una autorización autónoma derivada precisamente de la demanialización del espectro.

Si bien en el proceso de formación del servicio público éste tomó elementos del dominio público, en este supuesto se da un proceso inverso, ya que el nuevo dominio público ha surgido cuando el servicio público no puede explicar todos los usos realizados de las frecuencias y es entonces cuando demanda su propia sustantividad y autonomía.

3.3. Su régimen jurídico: uso y protección.

El legislador ha llevado a cabo la ordenación jurídica de las frecuencias utilizando los esquemas tradicionales de la institución demanial ajustados a la realidad sobre la que se proyecta.

En primer lugar, como apuntábamos, las frecuencias tienen la consideración jurídica de bien y están afectas a una multiplicidad de fines constitucionalmente legítimos, lo cual les permite incorporarse al dominio público.

En segundo lugar, en el régimen de utilización de las frecuencias se reproducen los clásicos usos demaniales. El Plan Nacional de atribución de frecuencias, concretando la clasificación de los usos que establece el RD 844/1989, habilita un conjunto de las mismas para el uso común, entendiendo por el mismo aquel que se realiza para fines industriales, científicos, médicos o domésticos (arts. 17 y 18 RD 844/89). Por otro lado, se establece un conjunto de frecuencias para el uso especial, lo que exigirá la obtención de una previa autorización administrativa para realizar actividades de radioaficionados o para otros fines de mero entretenimiento u ocio (art. 19 RD 844/89). Asimismo se disciplina el uso privativo que se obtiene por medio de la concesión

(72) STC 244/93, de 15 de julio, FJ 2º, que reitera la doctrina expresada en la STC 168/93, de 27 de mayo, FJ 4º.

administrativa para la prestación de servicios portadores y finales de telecomunicación, los servicios públicos de difusión y los servicios de valor añadido (art. 32 RD 844/89). Esta concesión será temporal y por un plazo no superior a diez años prorrogable, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta años (art. 36 RD 844/89).

La concesión de utilización del dominio público radioeléctrico tiene una clara posición instrumental respecto a las actividades que se van a desarrollar, sin que la concesión demanial pueda tener una vida independiente respecto a la de servicios (art. 23 RD 844/89), razón por la cual tanto una como otra se tramiten en un único expediente administrativo y se resuelvan en una resolución única (art. 38 RD 844/89). Esta situación de instrumentalidad no es nueva y se produce siempre que para la prestación de determinados servicios sea necesario la utilización de un bien demanial, tal y como acontece con la concesión demanial para el abastecimiento de agua a poblaciones respecto al servicio municipal de abastecimiento de aguas⁷³, o la concesión portuaria para desarrollar los servicios dentro de un puerto, donde también se resuelven ambas concesiones en una resolución única⁷⁴. Esta unidad de expediente y resolución no afecta a la sustantividad de ambas técnicas, por cuanto las frecuencias radioeléctricas no sólo se utilizan para prestar servicios públicos sino también otras actividades no publicadas, tal y como señalamos, aunque la doctrina haya puesto el acento en aquéllas debido a su importancia.

Además, la Administración puede reservarse la utilización de determinadas frecuencias para la prestación directa de sus servicios, en un ejemplo típico de reserva demanial (art. 29 RD 844/89).

En tercer lugar, en cuanto a la indisponibilidad de estos bienes, quizás el principio de mayor importancia sea la imprescriptibilidad, en la medida que ningún particular podría esgrimir la usucapión por la utilización de una determinada frecuencia durante un tiempo ante la Administración. La *publicatio* demanial convierte a las frecuencias en *res extra commercium*. Este razonamiento está latente en la jurisprudencia del TC cuando señala, ante la hipotética inexistencia de la declaración de servicio público, que “*ni la ausencia de tal declaración (servicio público) representaría, sin más, la existencia de un derecho preestablecido a inscribir y reservar, en el correspondiente registro, frecuencias determinadas de radio o televisión en favor de particular que lo solicite*”⁷⁵.

(73) Art. 123 RD 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el reglamento del dominio público hidráulico, que desarrollan los títulos preliminar, I, IV, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

(74) Art. 67.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina mercante.

(75) STC 127/94, FJ 6º, recordando la doctrina establecida en la STC 106/86, FJ 3º.

En cuarto lugar, se apodera a la Administración con un haz de potestades de policía demanial tanto preventiva como represiva, para preservar al dominio público de las degradaciones que pueda sufrir, entendiendo por tales las alteraciones o interferencias perjudiciales para dicho dominio. Entre dichas potestades se encuentran la de vigilancia, la posibilidad de imponer servidumbres administrativas o la sancionadora⁷⁶.

Por último, la “reserva de cualquier frecuencia” se grava con canon cuyo importe será destinado a la protección, ordenación, gestión y control del espectro radioeléctrico, canon que tiene la naturaleza de precio público y de cuyo pago quedan exentas las Administraciones Públicas para la gestión de servicios de interés general sin contraprestación económica (art. 7.3 LOT)⁷⁷.

IV. CONCLUSIÓN

- La búsqueda de la naturaleza jurídica de toda institución, aparte de contribuir a una mejor utilización de la técnica jurídica, tiene como *ratio* última conocer el régimen jurídico aplicable a la misma. El proceso seguido en este estudio es inverso. Se sabe cuál es el régimen jurídico del dominio público, pero se hace evidente que el mismo no encaja en la institución de referencia de la cual pretende traer causa, esto es, de la propiedad. Desde sus inicios esta contradicción se encontraba en la base de los razonamientos utilizados por los defensores de una propiedad pública o especial en el demanio, añadiendo inmediatamente a continuación que se trataba de una propiedad “matizada o modulada” respecto a la propiedad ordinaria. Sin embargo, las diferencias entre una y otra institución son más que simples matices. Si derivaran de un mismo *genus* sus semejanzas deberían ser más que sus divergencias, como así sucede. Desde su raíz ambas tuvieron un distinto fundamento: la propiedad como un derecho reconocido al individuo frente al poder; el dominio público como una expansión del poder público frente al individuo. La apuesta por la solución propietaria del dominio público, se debió a la juventud del Derecho administrativo que debía recurrir a las instituciones elaboradas en otras disciplinas más

(76) *Vid.* al respecto los artículos 8 a 16 del RD 844/89.

(77) Según la redacción dada a este artículo por la Disposición adicional cuarta de la Ley 37/95, de 12 de diciembre, reguladora de las *Telecomunicaciones por Satélite*.

elaboradas y asentadas para explicar sus propias instituciones. La autoridad y sutileza en los argumentos del autor de la propuesta harían el resto. Hoy, no obstante, el dominio público y la propiedad han ido por caminos separados, siendo aquél una forma de titularidad autónoma e independiente de la propiedad, sometida a sus propias reglas de derecho público.

- El dominio público como título de gran cobertura sitúa a la Administración en una posición de garantía respecto a los fines que con dicha técnica se pretende satisfacer, en virtud de lo cual se dota a unos bienes con un régimen especial de protección. Esto da una mayor coherencia a la institución demanial porque la pone en seguida en contacto con lo que realmente es: un conjunto de potestades, en consecuencia, una serie de poderes cuyo ejercicio es en beneficio de terceros (colectividad). Esto no se consigue con la idea de propiedad que evoca los términos de derecho, facultades, beneficio propio, lejos por tanto de lo que representa el dominio público.
- Otro argumento que nos lleva a rechazar la idea de propiedad aplicada al demanio, es que ni siquiera en los bienes patrimoniales existe una auténtica propiedad al modo civil. La incidencia de una normativa jurídico administrativa sobre éstos, configura una propiedad que no es exactamente igual a la prevista para los particulares en el Código Civil. Por ello, parece que sería más correcto hablar de una propiedad pública o administrativa referida a este tipo de bienes en lugar de a los de dominio público, para indicar la existencia de una propiedad de una Administración pública sometida a una serie de normas jurídico públicas que matizan la regulación de la propiedad prevista en el Código para los particulares.
- La concepción del dominio público como título de potestad, permite un desarrollo más coherente y lógico de la institución, ya que desde sus propias reglas puede explicar una serie de supuestos, como los frutos, el tesoro de bienes ocultos o la accesión de bienes en las dependencias demaniales, en los que si se aplicara la idea de propiedad, aunque fuese “latente”, llegaríamos a una serie de contradicciones con la regulación que el legislador hace de tales bienes, como ya señalamos. De este modo, frente al deslinde o la accesión de bienes civiles que toman como base la propiedad, existe un deslinde o una accesión administrativa de bienes que no pueden reconducirse a aquella regulación y que, precisamente, cobran sentido y coherencia desde la consideración del dominio público que se mantiene en este estudio.

- Tanto la afectación como la desafectación son mecanismos que producen una *conversio tituli*. De este modo, tanto una como otra tienen una doble naturaleza constitutiva y extintiva. Con la afectación nace el dominio público y muere la propiedad; con la desafectación sucede lo contrario. Este proceso de exclusión mutua reafirma la idea de ser dos instituciones diferenciadas y autónomas.
- La idea que aquí se sigue del dominio público presenta menores dificultades para el desarrollo del denominado dominio público inmaterial. En este sentido, parece un tanto forzado hablar de una propiedad de los derechos o de las frecuencias radioeléctricas, por poner dos ejemplos de este tipo de dominio. Sin embargo, es más fácil aceptar la incorporación de estos bienes al demanio, y con ello admitir la propia existencia de un demanio inmaterial, si de lo que estamos hablando es de apoderar a la Administración con un haz de potestades para la consecución de unos fines públicos que estos bienes están llamados a satisfacer, en definitiva, que nos encontramos en presencia de un título de intervención más que de una auténtica propiedad.
- Del mismo modo, el legislador ha estado lejos de constituir una propiedad en favor de la Administración cuando ha utilizado tácticamente la institución demanial. Al declarar del dominio público los bienes privados integrantes del patrimonio histórico artístico exportados ilegalmente, está claramente habilitando a la Administración para que los recupere en el extranjero, más que reconocer una propiedad en su favor. O cuando se convierte a los titulares de los enclaves privados en zona marítimo terrestre en concesionarios, se está buscando un mecanismo para ahorrarse el desembolso económico que supone esta operación expropiatoria. Algo similar cabe decir cuando se demanializa un bien que se relaciona con una competencia exclusiva de una Comunidad autónoma, porque aunque dicha declaración no pueda “afectar” a la misma, algún tipo de “incidencia” va a tener sobre aquélla. Aquí tampoco se busca el reconocimiento de una propiedad, sino de un título de intervención que amortigüe los efectos de dicha competencia exclusiva, como por ejemplo la merma de las competencias autonómicas y municipales en la ordenación del territorio y urbanismo en zona demanial portuaria estatal. Sólo desde la concepción del dominio público expuesta en este trabajo, se puede conseguir una mejor inteligencia de estos supuestos.

LA PROBLEMÁTICA DEL CESE OBJETIVO

VICENTE ÁLVAREZ PEDREIRA

ABOGADO

Después de los dos años de puesta en marcha de la Reforma del Estatuto de los Trabajadores, y concretamente del nuevo Procedimiento del Despido Objetivo, cuando existía una notoria divergencia entre las partes al respecto, ha hecho irrupción en el mundo laboral la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 1996, que publica el Diario Económico "EXPANSIÓN", en su edición de 14 de Septiembre de 1996, que se pronuncia sobre el cese objetivo por motivos económicos contemplados en la Reforma Laboral y declara procedente la rescisión de un contrato si ésta contribuye a la mejoría de la Empresa.

La Reforma, como nos dice García Fernández, establece esta figura del cese objetivo, como un Despido menor, al poderse producir la extinción cuando exista, objetivamente acreditada, la necesidad de amortizar; es decir, suprimir puestos de trabajo, en número inferior a los umbrales señalados en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores para el colectivo y por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se fija un procedimiento diferente del previsto para los colectivos y el despido disciplinario y la indemnización, para cuando procede este supuesto, es de 20 días por año de servicio y máximo de 12 mensualidades.

No existen actualmente —en el ámbito de las Relaciones Laborales— grandes divergencias respecto a contratos de formación, trabajo a tiempo parcial, clasificación profesional, ascensos, salario, jornada, movilidad funcional y geográfica, modificaciones de condiciones de trabajo, representación sindical, Convenios Colectivos y Empresas de Trabajo Temporal.

Las diferencias se producen cuando se trata de la extinción del contrato de trabajo y, concretamente, a través de los Despidos.

Los empresarios, considerando que las actuales indemnizaciones por cese constituyen una dificultad para facilitar empleo, quieren resolver las cuestiones que, según ellos, la Reforma, no resolvió. En este sentido, lanzan la idea —que tiene su origen en la Comunidad Catalana— del Contrato Estable, como relación laboral indefinida que tiene prevista, para supuesto de futura extinción, una indemnización anticipadamente pactada, inferior a la que actualmente corresponde.

Los Sindicatos se oponen a estas fórmulas, por considerarlas innecesarias, y establecen que la discusión consiste en decidir sobre el crecimiento económico y cómo se reinvierten los beneficios empresariales.

Corresponde al empresario —como señala Montoya— probar o acreditar una serie de hechos y aportar una serie de valoraciones suficientemente persuasivas acerca de la existencia de los requisitos que la Ley exige para que las amortizaciones de puestos de trabajo resulten procedentes.

Es evidente que la Reforma Laboral no consagra un poder de decisión arbitrario del empresario, sino que éste se somete al control jurisdiccional (JS Madrid nº 33, 20 de Septiembre de 1994, y nº 34, 8 de Noviembre de 1994). Ahora bien, lo que a nuestro juicio no es sostenible es, como ha querido alguna Sentencia (JS Oviedo nº 1, 10 de Febrero de 1995), que ese sometimiento se traduzca en que el Juzgador, en ejercicio de su potestad revisoria, valore con la misma discrecionalidad que compete al empresario. La figura del Juez haciendo las veces de empresario es rechazable de plano; y no pocas Sentencias de lo Social repudian expresamente tal posibilidad, manifestando que no es función judicial valorar la política empresarial y establecer alternativas a ella (JS Barcelona nº 18, 25 de Noviembre de 1994; TSJ Castilla y León, Valladolid, 29 de Noviembre de 1994).

Nos dice Molero Manglano que muchas de las dificultades derivadas de la nueva ordenación del despido por amortización de puestos de trabajo se hubieran evitado siguiendo el sistema comunitario que, en lugar de acuñar específicas causas o razones de extinción, cuya delimitación y análisis obliga a dificultosos esfuerzos, deja abierta la posibilidad de dicha extinción por cualesquiera “motivos no inherentes a la persona del trabajador”, o,

con la sencilla terminología del RDLRT, por “necesidades de funcionamiento de la empresa”. De este modo, el Legislador hubiera ahorrado a los aplicadores y analistas de la Norma las complicaciones que se derivan de una regulación cuyo afán de minuciosidad y especificación no se ve acompañado por la claridad y rigor que precisan estos delicados instrumentos extintivos; y hubiera atendido más eficazmente los proclamados fines de flexibilización laboral.

Las discrepancias —hoy de tanta actualidad por el impacto de la Sentencia del Tribunal Supremo— surgen en cuanto al alcance del control de legalidad.

Por de pronto, y a nivel de instancia, añade Molero, pueden diferenciarse hasta tres tipos distintos de Jueces en cuanto al comportamiento en este tipo de pleitos: los que insisten a las partes sobre las posibilidades de conciliación, los que manifiestan criterios muy restrictivos para la admisión de este procedimiento extintivo, y, en tercer lugar, los que ponderan las circunstancias concurrentes en cada caso, para adoptar en consecuencia una decisión individualizada.

Buen ejemplo de esta diversidad de actitudes judiciales es el caso de Radio Popular, de la COPE, que ha recibido desde Sentencias favorables que aluden a la necesidad inevitable de incorporar las innovaciones tecnológicas que se trataba (digitalización de cuñas radiofónicas) hasta los más severos varapalos que llegan a considerar la medida como nula por Fraude de Ley.

El Ministro de Trabajo admitió recientemente la tendencia de los Jueces de considerar improcedente el 80% de despidos que llegan a sus jurisdicciones, lo que termina encareciendo las reducciones de plantilla. Por tanto, “sería oportuno una revisión de la causalidad del despido objetivo”. Según dice el Ministro, se clarificarían, así, las causas por las que una Empresa puede despedir y se evitarían muchas Sentencias judiciales negativas.

Según el Ministro, el Gobierno, quiere decir, cuando afirma que hay que clarificar las cuatro causas de despido objetivo, que hoy, en España, estamos asistiendo a la realidad de que ningún despido sea procedente. Hay unanimidad entre los especialistas en que hay que ir hacia una mayor clarificación que se puede orientar en dos direcciones: o concretar más o tasar las causas más.

Lo que está claro es que hoy las causas objetivas de despido procedente no están siendo de aplicación. Éste es un tema que debe plantearse en el diálogo social.

“Nosotros estamos hoy —añadía Arenas— más preocupados por la posible reforma de las causas objetivas que en abaratar el despido. Soy de los

que piensan que el Legislador tiene que facilitar la interpretación de los Jueces en materia de despido laboral.

En términos absolutos, en relación a otros Países de la Unión Europea estimo que el despido es elevado en España”.

Ante las manifestaciones del Ministro, los Sindicatos amenazan con “respuestas contundentes” si el Gobierno trata de abaratar los costes del despido, pese a que Arenas aclara que “reconocer los costes, no supone que el Gobierno se plantee su abaratamiento”.

El Banco de España, recientemente, subraya en su Informe anual las deficiencias que se siguen observando en el funcionamiento del mercado de trabajo, aspectos que limitan la capacidad de generar empleo, el Informe denuncia las rigideces existentes en la reglamentación de las condiciones de trabajo.

Las reformas no deben provocar incertidumbres y es por eso por lo que el Ejecutivo ha promovido —y parece sigue promoviendo— el diálogo social, para convertir a Empresarios y Sindicatos en protagonistas de esos cambios.

La polémica antes reseñada, al iniciarse el diálogo social, en torno al despido, las posturas contrapuestas entre Sindicatos y Empresarios, y la propia postura del Gobierno de pedir a las partes encuentren soluciones, hace que, al día de hoy, se piense que era éste, el despido objetivo, la cuestión menos consolidada de la Reforma del Estatuto.

Los sindicatos, después de su dura oposición, parecen haber aceptado el Estatuto de 1994, en cuanto no abogan por la Reforma.

Los Empresarios, al comprobar que las expectativas de mayor flexibilidad para la extinción de la relación laboral, no se confirman, en la práctica, pretenden revisar los planteamientos actuales, y consideran que éste es el momento oportuno.

En este contexto de dudas y divergencias surge la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, que aparece, Septiembre de 1996, cuando se pensaba que la solución deseable no estaba en un vuelco espectacular, sino en unas matizaciones en la regulación de las causas actuales de despido objetivo, que limitaran la gran frustración que, para las Empresas, ha significado el abordar estos ceses —con estudios económicos serios y agotando un complicado procedimiento— para encontrarse con la negativa judicial.

“EXPANSIÓN”, en su edición del 13 de Septiembre de 1996, decía en su titular: ***“El Supremo abre la vía para abaratar el despido por causas económicas en los Tribunales. Se ha pronunciado por fin, añadía, sobre uno de los aspectos más polémicos de la reforma laboral: el despido objetivo por causas económicas. En la primera Sentencia de Unificación de Doctrina sobre***

esta cuestión, a la que ha tenido acceso EXPANSIÓN, el Supremo abre la vía para facilitar el abaratamiento del despido, y desbloquear así la aplicación de la reforma laboral en los Juzgados de lo Social”.

La Agencia Efe señalaba que el Tribunal Supremo ha avalado, por primera vez, la reforma laboral sobre el despido objetivo por causas económicas, al considerar procedente la rescisión de un contrato cuando contribuye a resolver los problemas económicos de la Empresa, y no necesariamente cuando la crisis es irrevocable.

Fuentes de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo han señalado que el Tribunal se ha podido pronunciar, por primera vez, en un caso de despido colectivo, porque se había acudido a él por la vía de Unificación de Doctrina, ya que había Sentencias contradictorias, y recordaron que hay muchas Sentencias similares de Tribunales Superiores de Justicia.

El hecho de que la argumentación contenida en la Sentencia coincida con los criterios de la reforma laboral significa, según estas fuentes, que “los Magistrados estamos de acuerdo con la línea reformante del Estatuto por parte del Legislador”.

El Diario “EL MUNDO”, en su edición de 14 de Septiembre de 1996, y en relación con este Fallo del Tribunal Supremo, decía:

“La patronal vasca Confebask manifestó públicamente su “satisfacción” por la Sentencia, que “contribuirá a una mayor efectividad de la reforma laboral en uno de los aspectos donde su aplicación estaba encontrando más dificultades”. “A partir de ahora —según la interpretación de Confebask— sólo será necesario que la situación de una Empresa sea negativa, no ya irreversible, para que pueda iniciar una reestructuración de plantilla y no tendrá, además que acreditarse que el despido garantiza, como si fuera un aval, la superación de esa crisis”.

Los sindicatos, por su parte, criticaron con dureza la decisión del Supremo.

Para Comisiones Obreras, el Fallo del Tribunal abre la vía para abaratar el despido por causas económicas: “puede abrir un gigantesco boquete para un masivo e indisimulado aligeramiento de las plantillas”. Una valoración que coincide con UGT.

Para esta Central, además, el Fallo convierte en innecesarias las reclamaciones patronales sobre la urgencia de profundizar en la Reforma Laboral, ya que la propia decisión del Supremo abre en la práctica la posibilidad de que los empresarios puedan despedir sin necesidad de justificación objetiva.

CC.OO. y UGT estudiarán la interposición de Recursos a la Sentencia, que a su juicio crea “indefensión” y “favorece la arbitrariedad empresarial”.

También la Unión Sindical Obrera (USO) manifestó su “preocupación” por la Sentencia, “que abre las puertas al despido barato e incontrolado”.

En un deseo de concreción conviene aclarar que, la Sentencia que comentamos, en definitiva, señala:

“Es más, el propio demandante, al impugnar el Recurso de Suplicación entablado por la demandada, reconoció que las pérdidas por actividades ordinarias de la compañía en 1993 fueron de 636 millones de pesetas, y que sólo la venta de inmovilizado de tal sociedad permitió reducir el montante de las pérdidas a los 225 millones de pesetas antes aludidos. Carece, por tanto, de base y de sentido afirmar que la situación de crisis de que aquí se trata es insuficiente al objeto de la aplicación del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores”.

“A este respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 52.c se remite, en lo que concierne a las causas de la extinción, al artículo 51.1, y según éste se ha de entender que concurren causas económicas “cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya... a superar una situación económica negativa de la Empresa”. La simple lectura de este precepto pone de manifiesto que la expresión “contribuya” es elemento clave y decisivo para el cabal entendimiento del mismo; y es sabido que contribuir equivale a “ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin”. No es preciso, por ende, que el despido objetivo adoptado sea por sí solo medida suficiente e ineludible para la superación de la crisis, pues basta a tal fin que esa rescisión contractual “contribuya” a la mejoría de la empresa, “es decir, que ayude o favorezca la consecución de esa mejoría; si bien tal contribución ha de ser directa y adecuada al objetivo que se persigue, no debiendo tomarse en consideración la contribución meramente ocasional, tangencial o remota”.

Pues bien, habiéndose acreditado en el presente caso que la Empresa demandada ha sufrido pérdidas importantes en los últimos tiempos, debe de entenderse que la extinción del contrato de trabajo de la actora “contribuye” a superar esa situación negativa, puesto que, salvo situaciones especiales y de características peculiares que no se ha acreditado que concurran en el supuesto aquí tratado, es lógico considerar que la supresión de un puesto de trabajo en una compañía que se encuentra en mala situación económica contribuye directa y adecuadamente a superar tal situación”.

Todo lo cual pone en evidencia que es correcta la decisión extintiva del contrato de trabajo, ordenada por la compañía demandada y que, por consiguiente, no pueden ser acogidas favorablemente las pretensiones de la demanda.

Es cierto que el artículo 52.c aluda a “la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo”, y que el artículo 51.6 habla de que las medidas propuestas sean “necesarias a los fines previstos”, pero nada de esto desvirtúa la conclusión que se acaba de expresar, pues la idea de necesidad que manejan estas disposiciones no se refiere tanto a que las extinciones acordadas produzcan forzosamente el saneamiento económico de la Empresa, como a que las mismas cumplan los requisitos que en estas normas se determinan, los cuales requisitos, en cuanto atañen a causas económicas, se basan esencialmente, como se vio, en que tales medidas extintivas contribuyan a superar la situación de crisis”.

Haciendo las matizaciones oportunas a la Sentencia que comentamos, conviene aclarar que el Recurso que resuelve la Sentencia del Tribunal Supremo, tiene por objeto la Unificación de Doctrina, con ocasión de Sentencias dictadas en Suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueron contradictorias entre sí, por alcanzarse pronunciamientos distintos. La que comentamos, y que tanto impacto ha causado, no ha de considerarse como algo nuevo, sino que respalda la Doctrina de una Sala frente a otra. Efectivamente, en este caso, ratifica la Doctrina de la Sala de lo Social del País Vasco, en su Sentencia de 16 de Mayo de 1995, frente a la Sala de Navarra, en su Sentencia de 26 de Septiembre de 1995, que revoca.

Admitiendo que la Sentencia, como dice Sagardoy, hace una interposición flexible y muy “acorde” con el espíritu de la Reforma Laboral, no puede decirse —como se ha dicho— que, desde ahora, el Alto Tribunal, “pone exclusivamente en mano de los empresarios las posibilidades de empleo de los trabajadores”, ya que, éstos, en todo caso, han de acreditar, y los Tribunales valorar, que la rescisión contractual contribuya a la mejoría de la Empresa, es decir, que ayude o favorezca la consecución de esa mejoría, de forma directa y adecuada, y no meramente ocasional, tangencial o remota, sin olvidar que, en el caso enjuiciado, y para estimar la procedencia del cese objetivo, se da, además, como probado que la Empresa demandada ha sufrido pérdidas importantes en los últimos años.

La postura sindical, días después de conocida la Sentencia, como anuncian los medios de comunicación, ya no es tan contundente.

Así, se anuncia que UGT y Comisiones Obreras discrepan sobre la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional la Sentencia del Supremo en la que se considera procedente un despido con el único argumento de que éste contribuya a resolver una crisis empresarial.

UGT señaló el día 16 de Septiembre actual que sus servicios jurídicos han comenzado a estudiar la Sentencia, para ver si existe alguna posibilidad de ser recurrida al Constitucional, en la medida en que con su aplicación puede conculcarse algún derecho de los trabajadores recogido en la propia Constitución, informa EFE.

En Comisiones Obreras, sin embargo, no se opina de la misma forma, de acuerdo con las declaraciones recogidas por la misma Agencia.

El Coordinador de los Servicios Jurídicos de este Sindicato, Enrique Lillo, considera que “no hay materia ni contenido para el Recurso”.

El Fallo del Supremo, explicó, no lesiona ningún derecho constitucional, lo que hace es alejarse de las tesis “garantistas” defendidas por los Sindicatos, al alinearse con las tesis mayoritarias de las Salas de lo Social que no exigían tanto rigor en los despidos.

El Ministro de Trabajo, que ya, con anterioridad de conocimiento de la Sentencia del Supremo, y como hemos visto, había abogado por la clarificación, conocida ésta, se manifiesta en la misma línea, al manifestar que *la reciente Sentencia del Tribunal Supremo “viene a confirmar que en España tenemos un problema muy importante en la interpretación de las causas de despido”*.

Arenas manifestó que “se trata de una Sentencia muy importante que, como todas las decisiones judiciales, acoge el Ministerio de Trabajo con muchísimo respeto”.

El titular de Trabajo aseguró que *“estoy convencido de que en la mesa de diálogo de sindicatos y empresarios es una de las cuestiones que se debería abordar en profundidad”*.

Es posible —estudiada y matizada la Sentencia— que cuando se alcance al respecto una interpretación objetiva, las representaciones sindicales y empresariales, consideren, como propicia el propio Ministro, que la solución más adecuada para actualizar el Estatuto de los Trabajadores, en esta materia de cese, esté en revisarlo, para clarificar las causas de despido objetivo, después de una negociación global de los Agentes Sociales y sin descartar como referencia, al efecto, los criterios del Tribunal Supremo.