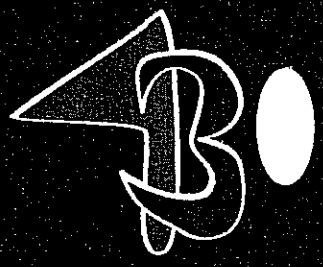
LUNES

CUATRO TREINTA



Revista de asuntos registrales

Año XV - Núm.331 - 1ª Quincena,octubre,2002

sumario

Año XV - Núm. 331 - 1ª Quincena de Octubre, 2002

Centro de Estudios Hipotecarios
BIBLIOTECA
VALENCIA

CASOS PRACTICOS 2
RESOLUCIONES 4
SENTENCIAS 12

" EL HECHO DE LAS PAREJAS DE HECHO SIN DERECHO por Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés 16

MANDATO Y PODER: Estudio. "Cuestiones de técnica notarial sobre la representación voluntaria" por Fernando Agustín Bonaga . Tomado de la Buhaira nº 78-79..... 44

CRIPTOGRAMA por Pilar Pastor.. 75

HUMOR CORRAL JR. 76

RESEÑA LEGISLATIVA..... 77

informativa de derecho privado y registral

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

CONSEJO DE REDACCION:

María-Emilia Adán García
Ana María del Castillo González
Rodolfo Bada Mañó
Cristina Carbonell Llorens
Vicente Carbonell Serrano
Vicente Domínguez Calatayud
Enrique García Sánchez
Carmen Gómez Durá
Manuel Gomis y Segarra
Inmaculada Gosálvez Simbor
Rosa Navarro Díaz
Carlos J. Orts Calabuig
Mercedes Ríos Peset
Javier Solá Palerm
Mercedes Tormo Santonja

MAQUETACIÓN
Regina Martínez Vicente

DIRECTOR
José Bollaín Gómez

SECRETARÍA:
Sta. María Dolores (Loli)
Pintor Peyró, 12.
46010-Valencia.
Teléfono: 96-3897813
Fax: 96-3694195
cuatrotreinta@hotmail.com

Depósito legal: V-1212-1988

casos prácticos

CRISTINA MARTINEZ RUIZ (Registradora de la Propiedad)

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LAS REPARCELACIONES URBANÍSTICAS.

(Casos del lunes 7 de Octubre de 2002)

PRIMERA: El título de la reparcelación es:

- un título constitutivo, pues en él se establece una afección real de las fincas resultantes a los costes de la reparcelación,

-un título modificativo de las fincas y derechos reales que quedan afectados por la reparcelación,

-un título traslativo, ya que se dan varios tipos de transmisiones:

.la cesión obligatoria a la Administración de los terrenos que vayan dirigidos a ubicar en ellos las dotaciones públicas,

.la cesión del 10% del aprovechamiento a la Administración que debe destinarse a ingresar en el patrimonio municipal del suelo (aunque si no es dotacional puede retribuirse con estas fincas al urbanizador)

.la subrogación real de los propietarios y titulares de derechos reales afectados por la reparcelación en las fincas de reemplazo que sustituyen a las de origen,

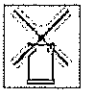
.la retribución al urbanizador cuando ésta es en especie. La retribución puede ser en especie mediante la adjudicación de fincas, en metálico, o parte en especie y parte en metálico, tal y como establece la LRAU (Ley reguladora de la actividad urbanística 6/1994 de 15 de noviembre de la Comunidad Valenciana).

-un título extintivo pues puede extinguirse el dominio si las fincas resultantes fueran inferiores a la parcela mínima indivisible

-es un título de inscripción obligatoria en el Registro

SEGUNDA: Tal y como establece el art. 5 RD 1093/97 de 4 de julio el Registrador a instancia de la Administración actuante hará constar por nota al margen de cada finca afectada que se ha iniciado el procedimiento y que ha expedido certificación de dominio y cargas. Esta nota tiene una vigencia de 3 años prorrogables por otros 3, tiene una eficacia de notificación a todos los interesados y terceros de que esas fincas están inmersas en un procedimiento de reparcelación. Esta nota se practica de oficio por el Registrador y es obligatoria, de modo que se practicará aunque el titular de la finca presente una instancia solicitando que en su finca no se practique ningún asiento sobre la reparcelación.

TERCERA: Si se trata de reparcelaciones forzosas el título inscribible es un documento administrativo aprobado municipalmente sin perjuicio de que si los interesados quieren lo puedan protocolizar notarialmente, pero esto, según la RDGRN 13 abril 2000 no modifica la naturaleza jurídica del acto, que sigue siendo administrativa.



En este caso, el título inscribible estará formado por los siguientes documentos:
.el documento administrativo de aprobación del proyecto de reparcelación
.los planos de situación para archivarlos en el Registro.

Las circunstancias que debe contener el título inscribible son:
.las establecidas en el art. 7 RD 1093/97,
.debe manifestarse que se han realizado las notificaciones pertinentes,
.que se ha aprobado municipalmente el proyecto de reparcelación,
.si dice que se ha aprobado y notificado no es necesario que se diga que el acto es firme en vía administrativa, y si dice que el acto es firme en vía administrativa se podrá inscribir aunque no diga que se han realizado las notificaciones pues se entiende que ese trámite ya se ha cumplido al ser firme.
.debe comprobarse que se ha pagado o depositado el justiprecio o la cantidad de dinero que le corresponda a los interesados.

CUARTA: El proyecto de reparcelación vale para: art.8 RD 1093/97:
.inmatricular fincas : en este caso se podrán inmatricular directamente las fincas de origen sin necesidad de certificación catastral gráfica y descriptiva, ni de expresión de cuál es el título del transmitente, ni de su nombre. En este caso no se aplica la limitación de efectos del ar. 207 LH ni se publica el edicto pues ya ha habido suficiente publicidad en la tramitación del expediente,
.realizar cualquier tipo de modificación de entidades hipotecarias sin necesidad de ningún requisito más (no es necesario licencia para segregar,...)
.pueden hacerse constar excesos de cabida sin necesidad de ningún requisito más,
.pueden deslindarse las fincas, es el caso de la reparcelación de normalización a la que se refiere el RGU, por lo tanto el Registrador se limitará a hacer constar en el Registro la nueva descripción de la fincas,
.puede declararse obras nuevas sin necesidad de ningún requisito más, pues el art. 8 RD 1093/97 prevé que pueda modificarse cualquier otra circunstancia descriptiva de la finca sin necesidad de ningún requisito más y la RDGRN 21 febrero 1995 consideró a la obra nueva como una circunstancia de hecho puramente descriptiva, además, el art. 308 RH prevé que la obra nueva pueda declararse en cualquier título traslativo , modificativo... y como hemos visto el proyecto de reparcelación lo es.
.puede reanudarse el tracto sucesivo con arreglo al art. 9 RD 1093/97 , para ello es necesario que se manifieste expresamente en el proyecto de reparcelación, que se cumplan todos los trámites y las notificaciones, y si no se cumplen los requisitos la Administración deberá adjudicar las fincas de reemplazo a los titulares registrales, aunque fuera del Registro se hayan transmitido esas fincas a otras personas.

QUINTA: -¿pueden disolverse situaciones de condominio? El art. 13 del RD prevé la posibilidad de que, a sensu contrario, se puedan disolver siempre que el proyecto de reparcelación así lo diga expresamente al adjudicar la finca de resultado a uno sólo de los comuneros, pues de lo contrario, los derechos se adjudicarán en la misma proporción. También pueden crearse proindivisos siempre que los titulares de las fincas lo consientan y se traten de fincas no inferiores a la mitad de la parcela mínima indivisible.

SEXTA: Si entre la expedición de la certificación y la inscripción de la reparcelación hubieran transmisiones habrá que estar al art. 14 y ss RD. La rectificación puede hacerse: art.17 RD:

.presentando el título que motivó el asiento y escritura de rectificación con el consentimiento del titular registral y de los de los asientos posteriores cancelados,

. en su defecto, certificación de la Administración actuante con los requisitos de dicho artículo,

.en su defecto y cuando haya correspondencia entre la finca de origen y la de resultado, según los asientos del Registro, mediante instancia del titular del derecho cancelado sin necesidad de consentimiento del titular registral. En la práctica éste es el medio más utilizado ya que esta correspondencia se da casi siempre.

En relación a esto se planteó la posibilidad siguiente: se presenta en el Registro una escritura de compraventa en la que se vende la finca de origen pero se dice que está sujeta a la reparcelación que ya se ha aprobado, pero todavía no se ha inscrito y se dice cuál es la finca de resultado que le corresponderá a esa finca de origen y se describe exactamente. Si el Registrador hace constar en el cuerpo de la inscripción esta circunstancia luego no sería necesaria esta instancia ni la escritura de venta para poder inscribir en la reparcelación la finca de resultado a favor del comprador, siempre que coincida la descripción de la finca de resultado con la que constaba en la inscripción de la compraventa.

Esta posibilidad se admitió por alguno de los contertulios pero otros consideraron que no era suficiente y era necesario que en la inscripción de la reparcelación se volviese a presentar la escritura de la venta con la instancia.

SÉPTIMA: La reparcelación voluntaria es la que se practica entre los particulares afectados para que el cumplimiento de sus obligaciones urbanísticas sea más acorde a sus preferencias.

El título inscribible: lo normal es escritura pública, aunque el art. 6 RD al hablar de "también" deja abierta la posibilidad a que pueda presentarse otro documento, ejm. la certificación del Ayuntamiento aprobándola.

Es necesario en todo caso que sea aprobada por el Ayuntamiento.

Si hay fincas no inmatriculadas, el edicto y la publicidad serán necesarios, salvo que en el procedimiento haya habido un trámite de información pública.

Las fincas que se adjudiquen a la Administración se inscribirán a su favor y los honorarios se cobrarán a los interesados presentantes.

OCTAVA: La afección real: en este caso la LRAU establece una regulación errónea en el art. 72, por lo que prescindiremos de dicho artívulo y tendremos en cuenta únicamente el art. 19 RD. La afección no se hace constar por nota, sino que se practica en el mismo cuerpo de la inscripción, en la parte destinada a las cargas, y tendremos que poner la cantidad exacta de la liquidación provisional que corresponda a esa finca y el porcentaje que le corresponda en la liquidación definitiva.

Es una afección preferente sobre cualquier otra carga o gravamen que tenga la finca, excepto los créditos tributarios que señala el art. 73 LGT.

Según la RDGRN 8 julio 1999 sólo publica la clase de gastos a los que se refiere la afección pero no determina la persona que se beneficia por ella. De ahí que se plantee quién es titular beneficiado por esa afección y se consideró que era tanto el urbanizador como la Administración actuante.

El RD prevé la posibilidad que haya negocios sobre el rango hipotecario en relación con esta afección real. Se prevé que si el proyecto de reparcelación lo dice expresamente pueda posponerse esa afección a la hipoteca que se constituya posteriormente para garantizar el préstamo destinado a edificar o reconstruir la finca de resultado.

Si no lo establece el proyecto sería necesario el consentimiento del titular registral, de los titulares de derechos reales sobre esa finca, y del urbanizador y de la Administración actuante.

NOVENA: Se plantea la posibilidad de que pueda inscribirse parcialmente una reparcelación, es decir , que se inscriban algunas de las fincas de resultado y otras no.

Esto no es posible, la reparcelación de inscribirse en su totalidad.

CITAS Y FRASES

No se alcanza el status de Galileo simplemente por ser perseguido: además hay que tener razón

Stephen Jay GOULD.
(Ever since Darwin, 1977)

El conservador tiene poco que temer del hombre cuya razón es la sierva de sus pasiones, pero guárdese de aquel cuya razón se ha vuelto la mayor y más terrible de sus pasiones.

John Burton Sanderson HALDANE
(Daedalus, or Science and the Future, 1923)

Conocer un hombre hoy quiere decir sobre todo conocer lo que hay en él de irracional, lo que no controla, lo que él borraría de la imagen que se hace de sí mismo.

André MALRAUX
(Antimemorias)

RESOLUCIONES

Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por ALBERTO ADAN GARCIA
Registrador de la Propiedad

R. MERCANTIL de 30 enero de 2002
(BOE de 17 abril de 2002)

REDUCCIÓN DEL CAPITAL. Anuncios

Presentada escritura pública de reducción del capital social, el Registrador suspende la inscripción por carecer los anuncios publicados de las siguientes manifestaciones:

-modalidad de la reducción

-no precisar si los acreedores ostentan o no derecho de oposición, y caso de ostentarlo, por ser la reducción con cargo a capital, la suma que se abonó a los titulares de las acciones amortizadas.

La DGRN entiende no ser necesaria estas manifestaciones por no exigirlas expresamente la LSA. En relación a la suma citada estima el Centro Directivo que la exigencia de expresar la suma, que en caso, se abonó a los titulares, es de muy difícil cumplimiento en el caso de amortización de acciones propias adquiridas en virtud de una pluralidad de títulos, en momentos distintos y por precios que puedan haber sido muy diferentes; por tanto, si el legislador hubiera pretendido una publicidad complementaria,sin duda la hubiera impuesto.

R. MERCANTIL de 15 enero de 2002
(BOE de 18 abril de 2002)

LIQUIDADORES. Renuncia al cargo.

El Registrador suspende la inscripción de la renuncia de un liquidador único porque la sociedad no puede quedarse sin órgano de administración y no se acredita la convocatoria de la Junta General para el nombramiento de un nuevo liquidador.

La DGRN confirma este criterio y expone que será bastante acreditar la convocatoria de la Junta General, en cuyo orden del día figure el nombramiento de nuevos liquidadores; este criterio lo considera aplicable para los administradores en el caso de renuncia de los mismos.

R. de 19 de enero de 2002
(BOE 18 abril de 2002)

INMATRICULACIÓN. Por el art. 205 LH. Edictos durante tramitación del acta notoriedad.

El fondo de la cuestión del recurso planteado radica en si en la tramitación de las actas de notoriedad es necesaria o no la publicación de edictos por el Notariado, independientemente de que una vez inmatriculadas las fincas, el Registrador, en base al art. 298 RH. proceda a publicar edictos.

La DGRN entiende que el art. 298 RH. remite el art 209RN, y éste deja a criterio del Notariado los supuestos en que deben publicarse Edictos. Por tanto queda fuera de la calificación registral el juicio de innecesariedad del Notario.

R. de 26 de enero de 2002
(BOE 18 abril de 2002)

PROPIEDAD HORIZONTAL. Subcomunidad dentro de una comunidad.

Mediante escritura pública, la dueña de un local comercial situado en la planta baja de un edificio lo divide en trasteros constituyendo una subcomunidad.

El Registrador suspende la inscripción por:

1.- En el título no se expresa la situación (calle...) de la finca.

2.- No se aporta certificado de finalización de obra.

3.- La superficie y cuota de un trastero expresada en el título no coincide con la determinada en un plano que se acompaña.

4.-Incumplimiento de las previsiones legales sobre cambio de destino a trastero y sobre régimen de constitución de subcomunidad y aprobación de sus estatutos.

La DGRN revoca en su totalidad la nota de calificación argumentando lo siguiente:

1.-La situación de la finca consta ya descrita en el Registro; por tanto identificando el nº de finca registral bastaría.

2.- La certificación no es necesaria para obras de redistribución interior de edificios ya inscritos, salvo los suspuestos del art. 53 RD 1093/1997, ya que no se trata de una obra nueva propiamenta dicha.

3.-La divergencia en la descripción de la superficie y cuotas existente entre la escritura y el plano tampoco es defecto porque dicho plano no aparece mencionado en la escritura como elemento complementario.

4.- La LPH contrapone vivienda a local; por tanto, tratándose de un local que se convierte a trastero, no existe realmente tal cambio de destino, de tal modo que el de trastero ha de entenderse que sigue siendo un destino propio de local. Tampoco ve la DGRN obstáculo para la constitución de un régimen de subcomunidad, dado que los estatutos de la Comunidad, en este caso, lo admite expresamente del modo realizado.

R. MERCANTIL de 29 de enero de 2002
(BOE 18 de Abril de 2002)

OBJETO SOCIAL. Ampliación

Se presenta escritura pública de ampliación del objeto social de una SRL, por la que pasaba a realizar la actividad de intermediación en la compra, venta y arrendamiento de inmuebles, así como la de cobro de impagodos y deudas.

La Registradora Mercantil suspende la inscripción por exigir tales actividades una forma societaria distinta; alega que un Decreto de 10 de enero de 1975 veda a las sociedades de capital las actividades propias de los Agentes de la propiedad Inmobiliaria (API).

La DGRN, de acuerdo con la jurisprudencia del TS, estima que cuando el Decreto citado se refiere a "funciones propias" de los API, no equivale a "exclusividad", de manera que no sólo ellos pueden llevar a cabo tales operaciones de mediación y corretaje.

El centro Directivo determina así mismo que la mera actividad de cobro de deudas e impagados, entendida como limitada a la cobranza de créditos, que no necesariamente implica la cesión de la titularidad de los mismos, ni menos su financiación, ha de entenderse que no se encuentra comprendida entre las reservadas a los establecimientos financieros de crédito.

R. 15 de Febrero de 2002
(BOE 18 de Abril de 2002)

CONDICIÓN SUSPENSIVA. Indeterminación del plazo.

Se presenta en el Registro escritura pública de venta en la que la entrega del precio queda sometida a condición suspensiva hasta que cualquiera de las partes proporcione un arrendatario, cesionario o explotador del complejo inmobiliario.

El Registrador suspende la inscripción por inexistencia de plazo alguno para que se considere cumplida o incumplida la condición; también alega que el cumplimiento de la misma queda al arbitrio del comprador, lo cual conlleva sus nulidad (art. 1115 CC).

La DGRN entiende que no queda su cumplimiento al arbitrio del deudor porque incluso se atribuye al vendedor la posibilidad de contribuir a su cumplimiento, facilitando tal arrendamiento.

Pese a ello el Centro Directivo considera que sí se produce una indeterminación en cuanto al momento en que el cumplimiento pueda tener lugar, siguiendo el criterio del Registrador en cuanto a este último punto.

R. DE 18 de Febrero de 2002.
(BOE 18 de Abril de 2002)

ANOTACIÓN DE EMBARGO. Finca inscrita a nombre del cónyuge no deudor. Capitulaciones matrimoniales.

Mediante escritura de capitulaciones matrimoniales, se disuelve la sociedad de gananciales entre dos cónyuges, y se procede a su liquidación, adjudicándose a uno de ellos dos fincas.

Una vez inscrita la escritura en el Registro de la Propiedad, previa toma de razón en el Registro Civil, se presenta mandamiento de embargo sobre tales fincas; aparece como demandado el cónyuge no titular, y notificada la demanda al titular actual.

El Registrador deniega la anotación, y la DGRN le da la razón por estimar que los bienes trabados aparecen a nombre de persona distinta del demandado; para ello no es obstáculo que los bienes huebieran tenido con anterioridad el carácter de gananciales.

R. de 20 de Febrero de 2002
(BOE 18 de Abril de 2002)

LEGITIMACIÓN. Tracto sucesivo.

Se presenta en el Registro escritura de compra de una finca por unos cónyuges, y se suspende la inscripción por no estar aún inscrita a favor del vendedor. Con posterioridad se inscribe a favor de éste, sin que se vuelva a presentar la escritura de compra.

Más adelante la finca es embargada por deudas del titular y enajenada judicialmente. Una vez inscrita a favor del adjudicatario se presenta una escritura de capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de separación de bienes y adjudicando la finca a uno de los cónyuges que presentaron inicialmente la escritura de compra.

El Registrador suspende la inscripción por falta de título previo y la DGRN reitera este criterio ya que la finca aparece actualmente inscrita a favor de terceras personas.

R. 21 de Febrero de 2002
(BOE 18 de Abril de 2002)

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE. Certificación de la Jefatura de Costas.

Se impugna la calificación registral por la que se suspende la transmisión de una finca ya inmatriculada con base en la existencia en el Registro de una resolución de la Demarcación de Costas haciendo cosntar la improcedencia de emitir la certificación prevista en la ley hasta que se defina la situación jurídica de los terrenos en que aquella se ubica.

La DGRN pone de relieve que la Ley no exige el requisito de la certificación para segundas y posteriores inscripciones, salvo que lo sean de exceso de cabida; además cualquier armonización de la realidad registral a la extrarregistral podrá verificarse con el oportuno deslinde.

Es el reglamento de Costas el que extiende los requisitos de la inmatriculación a posteriores inscripciones, y por tanto, este precepto carece de cobertura legal, quebrantando el principio de jerarquía normativa. Por ello entiende no aplicable el requisito de la certificación a segundas y posteriores inscripciones.

R.12 de Marzo de 2002
(BOE 29 de mayo de 2002)

ANOTACIÓN DE QUERELLA. Procedencia.

Presentado mandamiento ordenado practicar anotación preventiva de querella, se deniega por la Registradora por falta de tracto sucesivo (el procedimiento no aparece entablado contra el titular registral), y por no estar prevista en la ley.

La DGRN confirma el primer defecto, y en cuanto al segundo establece la posibilidad de practicar tal anotación siempre que el ejercicio de la acción criminal lleve aparejada el de la acción civil, y ésta tenga transcendencia real; esto no sucede en el presente caso, ya que no se solicita la nulidad de las enajenaciones a través de las cuales se consumó la denunciada estafa.

R. 16 de Marzo de 2002
(BOE 29 de mayo de 2002)

EJECUCIÓN. Procedimiento ejecutivo ordinario.

Se practica anotación preventiva de embargo sobre los derechos que al cónyuge supérstite pudieran corresponderle en la finca al liquidarse la sociedad conyugal.

Posteriormente en el mismo procedimiento se dicta auto aprobando el remate sobre la parte proporcional en la sociedad de gananciales del supérstite, y presentando testimonio del mismo se

suspende por el Registrador por faltar la previa liquidación de la sociedad de gananciales de demandado.

La DGRN confirma el efecto, porque el hecho de practicar aquella anotación no es argumento para menoscabar el principio de tracto sucesivo. Por tanto debería inscribirse previamente el título por el que el cónyuge ejecutado pasa a ser titular exclusivo del bien cuestionado.

R. 10 de Mayo de 2002
(BOE 9 de julio de 2002)

EXCESO DE CABIDA. En expediente de dominio

Se presenta en el Registro expediente de dominio con objeto de hacer constar un exceso de cabida sobre un local.

Este local forma parte de un edificio dividido horizontalmente, pese a que en el Registro no consta tal división, dada la antigüedad de la finca.

El Registrador suspende la inscripción por estimar que se está encubriendo una adquisicion de otro local; de hecho el edificio ocupa un solar de $30m^2$, y el local, según registro, $11m^2$, diciéndose ahora que mide $25,79m^2$; debemos partir que del Registro resulta la existencia de otro local en la planta baja y escaleras.

La DGRN estima que el Registrador no puede dudar en este caso sobre la identidad de la finca, porque este juicio corresponde en exclusiva al juez. Por tanto tal objeción, que reconoce el art. 298 RH sólo puede aplicarse a la inscripción de excesos de cabida mediante título público.

R. 15 de Mayo de 2002
(BOE 9 de julio de 2002)

HERENCIA. Partición. Menores.

Presentada escritura de herencia, otorgada por una madre, en sus propio nombre y en el de sus dos hijas menores, resulta la existencia de un conflicto de interes, que motiva la denegación de la inscripción por la Registradora.

Este conflicto surge:

a) por existir una cautela sociniana; y

b) por declarar la viuda una obra nueva con carácter ganancial en la misma escritura.

La DGRN confirma este criterio, por lo que sería necesaria la intervención de un defensor judicial y posterior aprobación judicial.

R. 24 de Mayo de 2002
(BOE 9 de Julio de 2002)

DONACIÓN. Revocación.

En virtud de escritura pública se pretende dejar sin efecto por parte del donante y del donatario una donación perfeccionada con anteriorida y que había tenido acceso al Registro de la Propiedad.

La Registradora deniega la inscripción porque la donación no puede dejarse sin efecto por el previo acuerdo de las partes.

La DGRN estima, que si bien es cierto que con el simple acuerdo de los otorgantes no puede dejarse si efecto erg omnes una donación, nada obsta para que, mediante un nuevo negocio que cumpla todas las exigencias legales, se reestablezca la situación preexistente a la donación.

R. 25 de Mayo de 2002
(BOE 9 de Julio de 2002)

CALIFICACIÓN. De documentos judiciales. Expediente de dominio.

Presentado testimonio de un auto recaído en expediente de dominio con el fin de reanudar el tracto sucesivo interrumpido, se deniega su inscripción por los siguientes defectos:
a) Sólo se acredita el dominio de una mitad indivisa, debiéndose hacer previamente la división con intervención del otro titular.
b) Resulta de la división parcela inferior a la Unidad mínima de cultivo.
c) Se afirma en el expediente que parte de la finca la adquirió el Sr. X mediante contrato privado de compraventa, pero como estaba casado, en principio la adquisición tendría el carácter de presuntivamente ganancial.

La DGRN tras admitir el efecto c), revoca los dos anteriores por:

-En cuanto al defecto a), porque parece presuponer que, para reanudar el tracto respecto de una finca que se segregó de la última que aparece inscrita, es necesario o bien otorgar escritura pública e inscribirla, o bien acudir a juicio declarativo. Pero no existe precepto legal que impida la tramitación de este expediente en los casos de segregación o división intermedia.

-En cuanto el defecto b), porque la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias sólo se aplicará a los actos realizados después de su entrada en vigor.

R. 27 y 28 de Mayo de 2002
(BOE 9 y 19 de Julio de 2002)

SEGREGACIÓN. Necesidad de licencia. Obtención por silencio administrativo.

Se plantea si puede entenderse suficientemente acreditada la obtención por silencio positivo de la licencia de parcelación, cuando a la escritura correspondiente se acompaña ejemplar de la solicitud de la licencia presentada en el Ayuntamiento correspondiente, con el cuño de entrada.

En el caso concreto, se acompaña una resolución desestimatoria del Ayuntamiento, pero otorgada una vez transcurrido el plazo establecido para la obtención del silencio positivo.

Entiende la DGRN que con la presentación de tales documentos se acredita suficientemente la obtención de licencia por silencio positivo.

R, 29 de Mayo de 2002
(BOE 19 de Julio de 2002)

INMATRICULACIÓN. Doble inmatriculación.

Presentado testimonio de un Auto, dictado en expediente de dominio con el fin de inmatricular una finca, el Registrador deniega la inmatriculación por aparecer ya inscrita dicha finca, suponiendo un claro caso de doble inmatriculación.

El recurrente señala que la Registradora expidió certificación negativa por lo que ahora la Registradora debe inscribir.

La Registradora alega que se describió la finca de forma distinta en el Auto que en la solicitud de certificación.

La DGRN entiende que en ningún caso procede la inmatriculación de una finca cuando se advierte por el Registrador que tal finca estaba ya inscrita. Y esto incluso en el caso de que el Registrador hubiera expedido certificación negativa de la inscripción; (sin perjuicio en este último caso de la responsabilidad civil del Registrador).

ALICIA DE LA RUA NAVARRO
Registradora de la propiedad

SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2002.
Nulidad de las hipotecas constituidas en el período de retroacción de efectos de la quiebra.

Artículos citados: 2, 4 y 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del mercado hipotecario; 878.2 del Código de Comercio.

Hechos:

1°.- La sindicatura de la quiebra de la mercantil A, S.A. formula demanda contra el Banco B, S.A., solicitando, de acuerdo a lo prescrito en el art. 878.2 del Código de Comercio, la nulidad de tres hipotecas constituidas sobre la finca registral X, propiedad de la sociedad quebrada, en fecha posterior a la fijada como retroacción de la quiebra en el auto de declaración de la misma de 17 de junio de 1994, así como la nulidad de los correspondientes procedimientos sumarios ejecutivos de la Ley Hipotecaria, y de las inscripciones en el Registro de la Propiedad.

2°.- La sentencia de primera instancia, confirmada por la de la Audiencia, estima la demanda.

3°.- El Banco B, S.A., demandado, recurre en casación.

Fundamentos de Derecho: Se alega en el recurso, en primer lugar, infracción por no aplicación del art. 10 en relación con el 2.1.b de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, en los que se prevé que las hipotecas inscritas a favor de las entidades financieras que pueden otorgar préstamos y emitir títulos, entre ellas, Bancos privados comerciales e industriales, sólo podrán ser impugnadas al amparo del art. 878.2 del Código de Comercio mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra en la que se demuestra la existencia de fraude en la constitución del gravamen y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice en aquél.

Dicho motivo se desestima, puesto que el precepto denunciado como infringido debe interpretarse en relación con el art. 4, que establece que los préstamos garantizados con las hipotecas a que se refiere el art. 10 han de estar destinados al cumplimiento de alguno de los fines especificados en dicho art. 4, es decir, a la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, o a la construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier obra o actividad.

En las escrituras públicas de constitución de las hipotecas no se hizo constar el destino de los préstamos concedidos, sin que tampoco quedara posteriormente acreditado tal destino incluido en el citado precepto.

Se alega en el recurso, en segundo lugar, infracción por inadecuada interpretación del art. 4 de la Ley 2/1981, en su último inciso, "cualquier otra obra o actividad". También el Alto Tribunal desestima este motivo ya que dicho inciso debe interpretarse conjuntamente con el resto de la frase, y en conexión con la misma.

Recuerda además el Tribunal Supremo que dado el carácter excepcional de las normas de este precepto, los de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del Mercado Hipotecario, en relación con el artículo 878 del Código de Comercio, deben ser interpretadas restrictivamente.

Se desestima el recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2002.
Compraventa: simulación absoluta; nulidad por falta de causa. Apoderamiento: nulidad por falta de capacidad del otorgante; juicio de capacidad por los Notarios.

Artículos citados: 1261.2 y 1253 del Código Civil.

Hechos:

1º.- D. AAA formula demanda frente a D. BBB y Dª CCC, solicitando:

a) Se declare nulo y sin eficacia alguna el apoderamiento otorgado por Dª DDD a favor de D. BBB en fecha 3 de octubre de 1989.

b) Se declare la inexistencia o en su caso la nulidad del contrato de compraventa de fecha 26 de octubre de 1989 sobre la finca registral X.

c) Se declare a D. AAA como propietario absoluto y sin limitaciones de dicha finca condenando a los demandados a su devolución y entrega al actor.

d) Se condene a D. BBB a rendir cuentas y a liquidar al actor, en su calidad de heredero de la difunta Dª. DDD, los resultados de su mandato con daños y perjuicios.

2º.- Los demandados se oponen a la demanda y formulan reconvención, solicitando:

a) Se declare la validez del contrato de compraventa otorgado el 27 de julio de 1989 en escritura pública a favor de D. BBB sobre la finca registral Y.

b) Se declare la validez del contrato de compraventa otorgado por Dª DDD a favor de Dª CCC el 26 de octubre de 1989 en escritura pública sobre la finca registral X.

c) Se acuerde cancelar las inscripciones registrales sobre las fincas citadas a favor de D. AAA, por título de herencia, al efecto de que puedan inscribir los reconvinientes sus títulos en el Registro de la Propiedad.

3º.- La sentencia de primera instancia, confirmada por la Audiencia, estima la demanda y desestima la reconvención.

4º .- Los demandados recurren en casación.

Fundamentos de Derecho: Se alega por los recurrentes el juicio de capacidad mental del otorgante que realiza el Notario. El Tribunal Supremo señala que dicho juicio supone una presunción *iuris tantum,* que puede ser destruida mediante prueba en contrario; y así resulta en el presente caso al quedar acreditado mediante la prueba pericial practicada en autos que Dª DDD se encontraba afectada de demencia senil en una fase muy avanzada de su proceso demencial lo que suponía una merma de su capacidad volitiva muy amplia, careciendo del juicio y razonamiento requeridos para regirse a sí misma y a sus bienes y para tomar decisiones responsables acerca de los mismos.

Se combate por otro lado la conclusión probatoria del Juzgador de instancia sobre la inexistencia del precio, causa del contrato de compraventa a favor de Dª CCC. El Tribunal Supremo considera que no es ilógica la conclusión a que llega el Juzgador de Instancia sobre la simulación absoluta del contrato, al no existir una prueba del precio en base a los siguientes elementos: inexistencia del documento justificativo del pago del precio; otorgamiento de la escritura de venta entre los codemandados pocos días antes del fallecimiento de Dª. DDD, aprovechando un poder otorgado en favor de uno de ellos; no justificación de desplazamiento patrimonial que afirman realizaron, sin que existiera tampoco documento privado que pruebe la venta como también se afirma.

Por todo ello se desestima el recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002.

Compraventa: rescisión por fraude de acreedores; día inicial del computo de cuatro años para el ejercicio de la acción rescisoria.

Artículos citados: 37 de la Ley Hipotecaria, 1299 y 1969 del Código Civil.

Hechos:

1º.- La entidad bancaria A formula demanda para rescindir la venta de una finca realizada en fraude de acreedores por el demandado D. BBB a su afirmada "compañera sentimental" Dª CCC.

2º.- La sentencia de primera instancia considera caducada la acción.

3º.- La sentencia de la Audiencia revoca la precedente a causa de los diversos criterios jurídicos que sirven respectivamente de pauta para fijar el día inicial del cómputo del plazo de cuatro años.

Fundamentos de Derecho: La cuestión se centra en determinar el momento en el que se iniciará el cómputo de cuatro años. Dos son las tendencias fundamentales:

Una parte de la doctrina civilista con base al art. 37 de la Ley Hipotecaria establece como punto de partida para el referido plazo el instante mismo en que se produjo la enajenación fraudulenta.

Otra parte, dado que en tal caso puede ocurrir que el plazo para ejercer tal acción de caducidad haya transcurrido en su totalidad cuando el actor-acreedor pueda acreditar la insolvencia del demandado-deudor, y con base a lo dispuesto en el art. 1969 del C.c., establece que el inicio del cómputo de la acción rescisoria será a partir de la comprobación de falta de bienes con que satisfacer el crédito.

La sentencia de 16 de febrero de 1993 rechaza la fecha de la transmisión de los bienes como punto de partida para el cómputo del plazo y argumenta que ha de acogerse el criterio que más favorezca a la víctima del acto ilícito civil, por lo que estima que debe tomarse como día inicial aquel en que pueda tener conocimiento dicha victima del acto fraudulento.

El Tribunal Supremo considera que la cuestión debe solucionarse en base a las siguientes premisas:

a) Demandadas las dos partes de un contrato de compraventa de inmueble (contrato oneroso) para que se declare su rescisión por fraude de acreedores, el adquiriente comprador no puede beneficiarse, en principio, inscrita la titularidad en el Registro, de la protección que se dispensa al tercero en el art. 34 de la L.H., su buena o mala fe resulta litigiosa.

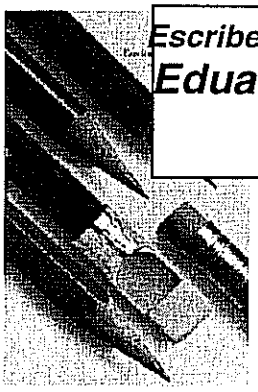
b) La demanda rescisoria no podrá prosperar, sin perjuicio de otras acciones indemnizatorias, si se establecen finalmente que el adquiriente de título oneroso actuó de buena fe y por ello sin obligación de devolución de la cosa según los artículos 1295 y 1298 del C.c.

c) El subadquirente (o adquirente de quien adquirió del deudor), si es adquirente de buena fe, se halla protegido por el art. 1298.2 del C.c. El subadquirente, aún inscrita la adquisición del inmueble en el Registro de la Propiedad, no se halla protegido como tercero conforme al art. 37 de la L.H. en los supuestos previstos por el número cuarto, letras a) y b), que son los afectados por el segundo párrafo del número cuarto del art. 37 de la L.H.

Concluye el Tribunal Supremo que la regla del art. 37 de la L.H. es aplicable a los subadquirentes en los supuestos reseñados y en los términos explicados, de manera que el cómputo de cuatro años de la acción rescisoria ha de iniciarse "desde el día de la enajenación fraudulenta". Se establece una regla especial limitada a los casos que se han especificado. En los demás casos, como es el presente, se sigue la norma general del art. 1969 del C.c., interpretada jurisprudencialmente según el criterio de que la posibilidad del ejercicio de la acción nace con el conocimiento de los hechos básicos en que aquélla se funda.

Se alegan en el recurso de casación otros dos motivos de valor subsidiario en base a los arts. 17,20 y 24 de la L.H. y 1216 y siguientes en relación con los arts. 605 a 608 del C.c., pues, a partir de la aceptación del criterio del cómputo según la fecha del conocimiento de la enajenación fraudulenta, razona que dicho momento no puede extenderse, una vez que se toma en consideración la fecha de la incorporación al Registro de la Propiedad de la escritura pública de compraventa, a la fecha de asientos de presentación caducados. El asiento de presentación de 3 de agosto de 1988 caducó en su día por el transcurso del término fijado en el art. 255 de la L.H., surtiendo sus efectos desde la nueva presentación el 18 de enero de 1989, fecha que la Audiencia tomó en todo momento como referencia para el inicio del cómputo, inscribiéndose el 31 de marzo de 1989.

Se desestima el recurso de casación.



Escribe para Lunes:
Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
NOTARIO JUBILADO

"EL HECHO DE LAS PAREJAS DE HECHO SIN DERECHO"[1]

Ni es un trabalenguas ni es un mensaje criptográfico. Me ha parecido un título atrayente -nunca, en los tiempos actuales, se puede echar en saco roto eso del " marketing"- y, además, explicativo del tema del que me voy a ocupar. Diseccionémoslo:

Hecho. Participio de "hacer" con muchas acepciones como adjetivo y como nombre. Lo he utilizado como equivalente a "cosa que sucede" o "suceso o fenómeno acaecido en la realidad", lo que nos lleva indefectiblemente a preguntarnos si las parejas de hecho o uniones libres (la cuestión terminológica la dejamos de momento aparcada) constituyen
una realidad social y sus causas. La ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de la Generalitat de Cataluña -la primera entre todas las aprobadas-, en el Preámbulo justifica su promulgación afirmando que " en estos últimos años se aprecia un aumento de las denominadas parejas de hecho estables, paralelo y coincidente, también, con el creciente nivel de aceptación que tienen en el seno de nuestra sociedad, que abarca todas las parejas..., incluidas por tanto, las formadas por personas del mismo sexo, hasta el punto de que se detecta entre la población catalana una opinión mayoritaria a favor de la regulación legal de estas formas de convivencia". En términos similares se pronuncian los preámbulos de las restantes leyes autonómicas sobre la materia (aragonesa -ley 6/1996, de 26 de marzo-; Navarra -ley foral 6/2000, de 3 de julio-; valenciana -ley 1/2001, de 6 de abril-; de la Comunidad de Madrid -ley 11/2001, de 11 de diciembre-; y ley 18/2001, también de 19 de diciembre, del Parlamento Balear). Sin embargo, según expone el profesor MARTÍNEZ AGUIRRE (" Las uniones de hecho: Derecho aplicable", en el número 36, octubre 1999, de la Revista Actualidad Civil "), las uniones no matrimoniales, comparativamente, son poco numerosas, pues en España las parejas de hecho estables constituyen apenas un 2 por 100, frente al 98 por 100 que son matrimonio, aunque en algunas regiones, p.ej. Cataluña, el porcentaje alcanza el 4 por 100. Dejando a un lado las estadísticas -todos conocemos el ejemplo del pollo-, me parece imposible negar esta realidad social que, por otra parte, siempre ha existido y que, como dije en la conferencia que pronuncié en el Ilustre Colegio Notarial de Baleares el 28 de abril de 1998 (" Matrimonios asexuados. Parejas de hecho y el contrato de unión civil"), ni la influencia de la doctrina de la Iglesia Católica ni ideas políticas desorbitadas como las nazis y/o fascistas han podido desterrar. Lo que sucede hoy día es que se arma mucho más ruido al amparo de las libertades reconocidas en los Estados democráticos en base a los principios de igualdad, dignidad de la persona, derecho a la intimidad y el, ya citado, de libertad.

¿Causas?. Variadas y múltiples. Nuestro compañero CANTERO NÚÑEZ las estudia en profundidad en el Tomo IV, Volumen 1° de las "Instituciones de Derecho Privado", obra de la que es responsable el Consejo General del Notariado. Sintetizando

1 (El presente trabajo sirvió de base para la Conferencia que pronuncié el 17 de mayo de 2002 en la Academia Granadina del Notariado)

al máximo, CANTERO NÚÑEZ diferencia entre causas estructurales y de fondo. Entre las primeras, destaca la extrema pobreza unida a la lejanía geográfica de amplios sectores de la población de los centros administrativos o judiciales y el predominio de determinadas costumbres -ejemplo, extensas zonas de países iberoamericanos como Bolivia, Argentina, El Salvador-; inmigración de personas de culturas muy alejada del país que los acoge; las disposiciones del Derecho positivo vigente en un espacio y tiempo determinado-imposición del matrimonio religioso o civil obligatorio "versus" no creyentes o creyentes-; pérdida de ciertos derechos, beneficios familiares o testamentarios -en el C.c. la pensión compensatoria y en las legislaciones forales/autonómicas el año de viudedad catalán, el usufructo foral aragonés, el de fidelidad navarro, etc-; y las denominadas "antesalas" del matrimonio-cohabitaciones juveniles o prenupciales, matrimonios a prueba-extendidas en los países nórdicos. Y causas de fondo, que son las que verdaderamente contribuyen a explicar el porqué de las uniones que examinamos, y que hay que centrar en la pérdida de sentido del matrimonio, que queda reducido a una mera formalidad; se olvida su carácter sacramental; deja de ser contemplado como un "valor" (STENDHAL lo calificó como la "tumba del amor"); y se pierde, asimismo, gran parte de su contenido jurídico, produciéndose lo que se ha llamado "su vaciado" (NAVARRO VALLS Y MARTÍNEZ DE AGUIRRE) -ejemplos, se le desvincula de la procreación que no necesita ni siquiera el contacto carnal (siendo el colmo de la colmena la reproducción asistida con semen de donante anónimo); se escinde de la sexualidad que se erige en fin en sí mismo y que conduce a la despenalización del aborto; y, al equipararse plenamente las filiaciones, el matrimonio queda desincentivado en consideración a los hijos-. Vaciado que es provocado por multitud de causas, como son: la secularización creciente de la vida social; el predominio del individualismo y de todos los valores individuales sobre la solidaridad y los valores sociales; la concepción de la vida a que dio lugar la filosofía existencialista; la extrapolación del significado del principio de igualdad a las ideas, opiniones y valores -todo debe estar en el mismo plano, gris a ser posible-; el positivismo jurídico; y la dinámica de la sociedad de masas (globalización de las modas creadas por los mitos, tan cacareadas en los medios de comunicación, nauseabundos programas de la tele, revistas del corazón , etc. etc).

Parejas de hecho. Dentro del desmadre terminológico que se produce en las aguas en las que nos estamos sumergiendo, he utilizado en el título de esta charla una de las denominaciones más habituales. Hay mil y una:

-en la doctrina se pueden formar los siguientes grupos: a) Los que destacan la situación de hecho (matrimonio de hecho, relaciones de hecho, convivencia de hecho, unión de hecho, y, claro está, parejas de hecho). b) Los que se basan en su aparente analogía con el matrimonio (vivir como matrimonio, relación análoga al matrimonio, vivir maritalmente, convivencia a imagen de matrimonio, convivencia "more uxorio"...). c) Otras denominaciones resaltan, precisamente, las diferencias con el matrimonio (convivencia extramatrimonial, unión extramatrimonial, pareja no casada...). d) Las que pretenden remarcar el carácter familiar que se quiere atribuir a estas uniones (familia de hecho, familia no matrimonial, familia de afecto, familia no conyugal). e) Las que inciden en la estabilidad, duración y comunidad de vida como elemento diferenciador de las uniones pasajeras (convivencia estable, unión estable, pareja estable...). f) Y las que pretenden destacar la no asunción de compromisos jurídicos (unión puramente afectiva, unión libre). Esta última tiene la ventaja de recoger uno de los rasgos esenciales del fenómeno, cual es la conservación en todo momento por parte de los convivientes del derecho a poner fin a la situación en cualquier tiempo

(libre ruptura). Pero al lado de esta ventaja la desventaja de ser notoriamente equívoca ya que no parece correcto contraponer compromiso a libertad, siendo poco serio entender que, por contraposición, el matrimonio es incompatible con la libertad, afirma CANTERO NÚÑEZ, salvo -me permito añadir- en los supuestos, cada vez menos frecuentes, de matrimonios obligados... los de "penalty", que hoy no sólo han caído en desuso, sino que se presume de ellos,

-en Derecho positivo, en el ámbito estatal no se utiliza ninguna de las denominaciones precedentes. El Código civil habla de "vivir maritalmente con otra persona" (artículo 101) y de "convivir maritalmente con persona distinta del otro progenitor" (artículo 320). La ley 21/1987, de 11 de noviembre, en su disposición adicional tercera, introduce la expresión "hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal"; expresión que ha pasado a la L.A.U. vigente de 3 de noviembre de 1994, añadiendo la coletilla "con independencia de su orientación sexual". El nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) emplea la expresión "persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad (a la de el cónyuge)" (artículos 23, 153, 454, 617). La Ley Orgánica del Poder Judicial (1 de julio de 1985) se refiere a "situación de hecho asimilable/o situación de hecho equivalente", en ambos casos al vínculo conyugal (artículos 219 y 391). En materia de Derecho de asilo, la Ley 5/1984, 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, extiende este derecho a "la persona con la que se halle ligado el beneficiario por análoga relación de afectividad y convivencia" y una Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991 empleó la más doctrinal de "relaciones de hecho consolidadas".

En el ámbito autonómico tampoco hay unanimidad: " uniones estables de pareja" en Cataluña; "parejas estables no casadas" en Aragón; "parejas estables" en Navarra y Baleares; y "uniones de hecho" en Valencia y Madrid.

Y este desmadre no es sólo patrimonio nacional... como la famosa escopeta. Así en Italia se habla de "famiglia di fatto", "famiglia non fondata sul matrimonio"", "instituzione ombra"; en Francia: "concubinage", "concubinat", "faux ménage", "ménage de fait", "mariage de fait", "mariage apparent", en Alemania: "Nichteheliche Lebensgmeinschaft", "Ehe ohne Trauschein", "Konkubinat" o la muy sonora "Wilde Ehe" (unión salvaje); en Inglaterra: "informal unions", "consensual unions", "free unions"...

¿A qué carta debemos quedarnos? Yo ya aposté por " parejas de hecho", si bien, tras leer el documentadísimo trabajo de nuestro compañero y amigo personal CERDÁ GIMENO ("*Un retorno, a mi pesar, a un olvidado tema. De nuevo sobre Parejas no casadas*", en la R.D.Pr., febrero 2001) debo recomendar que todos utilicemos la denominación oficial aprobada por el Consejo de Europa (a las actas del XI Coloquio de Derecho Europeo, Messina, 8-10 julio 1981, se remite), que no es otra que la de "parejas no casadas ("couples non mariès", "unmarried couples", en francés e inglés).

Sin Derecho. Utilizo aquí el término "Derecho" como sustantivo y escrito con mayúscula, para dar a entender que es equivalente -como expresa la acepción catorce de la nueva edición (vigésimo segunda de 2001) del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia- a "conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya

observancia puede ser impuesta de manera coactiva". Es evidente que hubiera ganado en claridad refiriéndome a " Derecho positivo común o de ámbito estatal", pero nadie me negará que el título, la rúbrica, de esta charla habría perdido garra, y, ya lo he dicho antes, marketing es marketing.

Entendida en este sentido la expresión " sin Derecho" que he utilizado me sirve para marcar los límites de mi intervención. Voy, pues, a referirme única y exclusivamente a la situación en que se encuentran las parejas no casadas en las Comunidades Autónomas sin ley aprobada al respecto. La suya, por ejemplo, si la Junta de Andalucía no me ha hecho la faena de promulgar una hace unos días. Todo es posible... especialmente en " Graná".

No obstante, antes de entrar en harina me voy a permitir bosquejar dos cuestiones: constitucionalidad de las leyes autonómicas y necesidad o no de una regulación general, referidas ambas, como es lógico, a las parejas no casadas.

La primera de ellas es puramente académica, por cuanto las leyes que las Comunidades Autónomas han promulgado están vigentes, habiéndose dejado transcurrir el plazo de tres meses -que señala el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional- contados a partir de su respectiva publicación, sin haberse recurrido por quienes estaban legitimados para ello (cfr: artículo 162 C.E. y 32 L.O.Tr. Constitucional), con la única excepción de la Ley navarra (recurso de inconstitucionalidad que tuvo su entrada en el Tribunal Constitucional el 6 de octubre de 2000 y, que sepamos, no está resuelto) que por cierto, y ésta debe ser la razón, se separa de las restantes al permitir en su artículo 8.1 la adopción en forma conjunta por los miembros de la pareja estable hetero u homosexual, con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio. El porqué de este silencio continúa siendo un secreto de alcoba, dicen, las malas lenguas, que solamente hay razones políticas. La primera Ley aprobada fue la catalana y al Gobierno Central no le convenía ponerse a mal con la Generalitat -cuyos votos necesitaba- y... concedido el placet/licet a una, resultaba feo recurrir las demás. Dejando estas motivaciones extrajurídicas de lado -no es tema que nos interese en este foro-, es lo cierto que la doctrina se muestra contraria a reconocer la competencia, en este punto, de las Comunidades Autónomas, considerando que han invadido ámbitos que en todo caso corresponden al Estado según el básico artículo 149.1.8 de la Constitución Española (invasión de la norma que regula las formas del matrimonio, la competencia exclusiva del Estado para resolver los conflictos de leyes y para la ordenación de los Registros públicos). Al final siempre se arriba al mismo puerto: ¿cómo interpretar los términos, "conservación, modificación y desarrollo" de los derechos civiles, forales o especiales que emplea el citado artículo 149.1.8 de nuestra Carta Magna?. La interpretación flexible del Tribunal Constitucional (citemos las importantes Sentencias 881/1993, de 12 de marzo, sobre Aragón y la 156/1993, de 6 de mayo, sobre Baleares) ha facilitado, por ejemplo, que la Generalidad de Cataluña esté legislando sobre todo lo divino y humano. Sirva de botón de muestra la ley 25/2001, de 31 diciembre, de la accesión y la ocupación (entrada en vigor el 18 de abril de 2002; disposición final segunda, tres meses desde su publicación en el Diario Oficial), que consta de 26 artículos, que vienen a sustituir y derogar al aislado artículo 278 de la vieja Compilación de 1960 (ley 70/1960, 21 de julio). ¿Es éste el camino a seguir? Ya pueden ir pensando la respuesta.

La segunda cuestión es la relativa a cómo resolver el hecho de las parejas de hecho. Por los autores se ha hablado y se habla de reglamentación, institucionalización, juridificación/juridización, legali-zación, normalización, normativización/normatización, reconocimiento y regulación. Y como caminos para alcanzar soluciones: el convencional, la vía jurisprudencial y la legislativa. Este último es el que se está imponiendo no solamente entre nosotros en las legislaciones autonómicas, sino también en el extranjero (países nórdicos -Suecia, Dinamarca, Noruega, Holanda-, Francia, con su Ley de Pacto Civil de solidaridad de 15 de noviembre de 1999-, en algunos territorios de Australia-Nueva Gales del Sur, Victoria y Territorio del Norte-, parte de Canadá –Ontario Family Act de 1986-, recientemente en Alemania, con la aprobación el 10 de noviembre de 2000 de la Ley de Convivencia de dos personas del mismo sexo –Lebenspartnerschaftsgesetz zweier Personen gleichen Geschlechts- y en los países hispanoamericanos -Bolivia, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá y Paraguay-). Y dejo en el aire dos interrogantes: ¿La regulación legislativa debe ser mínima y parcial u orgánica? ¿Es justo o está justificado que el Derecho intervenga en una relación que los interesados han querido y optado por apartar de lo jurídico?.

Con ellos doy por finalizada la que puede ser calificada como introducción o parte general de mi intervención, para pasar a la parte especial o más concreta en la que, siempre dentro el ámbito del Derecho positivo estatal, no autonómico, voy a incluir aquellas disposiciones ya aprobadas en las que se atribuyen o atribuyeron determinados derechos a los convivientes -en todo caso en sentido horizontal, sin mencionar los de sentido vertical, o sea a favor de los descendientes, que desde la Constitución son iguales (articulo 14 de la propia Constitución y 108 y concordantes del Código civil, tras la redacción que les dio la Ley 11/1981, de 13 de mayo, equiparando la filiación matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva) las afirmaciones de carácter general contenidas en las Sentencias del Tribunal Constitucional sobre estas uniones y los criterios que el Tribunal Supremo ha utilizado en los supuestos de inexistencia de norma aplicable.

A) Efectos reconocidos por el Ordenamiento. Salvo error u omisión, posibles como las meigas, porque "habelas, haynas":

1) L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, Ley General Penitenciaria. En sus artículos 52 y 53 se reconoce al conviviente el derecho a ser informado respecto del fallecimiento o grave enfermedad de su compañero, así como el de recibir visitas de él. El primero de estos derechos se confiere a las "personas íntimamente vinculadas" con el recluso y el segundo a los "allegados íntimos". Ambas expresiones -y estamos de acuerdo con CANTERO NUÑEZ –son lo suficientemente amplias como para abarcar a los miembros de una unión de hecho, si bien cabe preguntarse cómo probar la convivencia y en las Comunidades Autónomas con legislación propia si será necesario o no que lo sean de "parejas legalizadas", es decir las que cumplan los requisitos prevenidos en las correspondientes leyes.

2) Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que en su disposición adicional 10ª atribuye derecho a las prestaciones de la Seguridad Social y a la pensión de viudedad a "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".

3) Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. En su artículo 10.1 -redactado según Ley 9/1994 de 19 de mayo- establece que "se concederá el asilo, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado, o la persona con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar en los que se valorará, por separado, la situación de cada miembro de la familia".

4) L. O. 6/1984, de 24 de mayo, de regulación del procedimiento de "Hábeas Corpus", que en su artículo 3º, a) confiere legitimación activa para instar este procedimiento al "privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales".

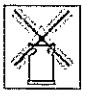
5) L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En este campo procesal, su artículo 219 incluye entre las causas de abstención y recusación de jueces y magistrados "el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable entre aquéllos y las personas que intervengan como Letrado o Procurador de cualquiera de las partes", y que -por aplicación del artículo 461 de la misma norma- es extensivo a los Secretarios. No conviene, tampoco, olvidar su artículo 391, conforme al cual no podrán pertenecer a la misma Sala los Magistrados que estuvieren unidos por "vínculo matrimonial o situación de hecho equivalente".

6) R.D. 336/1986, de 24 de enero, por el que se regulan las indemnizaciones a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, que desarrollando la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, reconoce derecho de resarcimiento en caso de muerte a los hijos del difunto y al progenitor superviviente de alguno de éstos, "sea o no cónyuge del fallecido".

7) Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción. Como es sabido la adopción es una de las instituciones que más modificaciones ha sufrido (Ley de 24 de abril de 1958, Ley 7/1970, de 4 de julio, Ley 11/1981, de 13 de mayo, Ley 30/1981, de 7 de julio y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del C.c. y de la L.E.C.). A pesar de estas modificaciones desde la redacción originaria del Código (artículo 174. 4º) hasta la actualidad (artículo 175.4) se ha mantenido el principio de que "fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona". Principio que modificó -sin alterar el texto del citado artículo 175.4- la disposición adicional tercera de la ley a que nos estamos refiriendo (Ley 21/1987), estableciendo que "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". Fijémonos en que esta disposición adicional exige que se trata de una pareja heterosexual. Se refiere "al hombre y la mujer integrantes de una pareja", no a los "miembros de una pareja" sin más, con lo cual encajarían las parejas

homosexuales de gays o lesbianas. Se ha criticado esta solución por estimarse que es discriminatoria y atenta contra el principio de igualdad ante la ley del artículo 14 de la Constitución. Para otros- véase, por todos, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral Navarra 6/2000 que, como ya hemos visto, sí permite la adopción conjunta en este supuesto- esta forma de adopción por homosexuales podría contravenir el artículo 39.2 de la Constitución, que establece como principio rector de la política social la protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación. Leemos en dicho recurso que "el interés del menor debiera prevalecer sobre el derecho de los cónyuges homosexuales a adoptar, en la medida en que este modelo de familia se aleja del modelo dominante de naturaleza heterosexual, sea o no matrimonial, pero en el que, de acuerdo con el orden biológico natural, los hijos requieren un padre y una madre, o un padre o una madre, pero no dos padres o dos madres. El interés del menor adoptado exige que su nueva familia de adopción no le provoque necesariamente un conflicto con otros niños y esto es lo que sucede, a juicio de la Asociación Española de Pediatría, en este nuevo modelo familiar con dos padres a dos madres, con un padre o una madre de sexo distinto al correspondiente a su rol, todo lo cual generaría en el niño frustración y agresividad y un entorno vital claramente perjudicial para el armónico desarrollo de la personalidad y adaptación del niño".

8) Ley 35/1988, de 28 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, que permite tanto a la pareja matrimonial, como a la no matrimonial, e incluso a la madre sin pareja, la utilización de los medios de fecundación asistida contemplados en la misma (cfr. artículo 6, que establece que "toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar"). Recordemos que en esta ley se regula la denominada reproducción asistida homóloga (cuando los gametos proceden de los cónyuges o convivientes) y la reproducción asistida heteróloga (cuando uno de los gametos o ambos proceden de un tercero), garantizando la ley en este último supuesto el anonimato del donante y prohibiendo la revelación de su identidad salvo que *ésta sea indispensable para salvar la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las* leyes penales (artículo 5.5). En el caso de reproducción asistida homóloga se presupone que su utilización ha sido realizada con pleno conocimiento (consentimiento presunto) del marido o del conviviente de la madre. Por el contrario, en la heteróloga, para poder atribuir la paternidad al marido o al conviviente es indispensable que éste haya prestado su consentimiento. En esta línea el artículo 8.2 de la ley, refiriéndose al conviviente -"consentimiento prestado por varón no casado"-, establece que el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil (del reconocimiento de la paternidad). Por algún sector de la doctrina se entiende que el consentimiento prestado por el marido imposibilita expresamente la impugnación de la paternidad (artículo 8.1), mientras que no sucede lo mismo respecto del prestado por el conviviente, al guardar silencio la ley. CANTERO NÚÑEZ opina -creo que con mayor fundamento- que la misma regla debe ser aplicada en los dos supuestos, no sólo por la doctrina de los actos propios, sino también porque el artículo 9.4 sólo permite la revocación del consentimiento en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas de reproducción asistida, lo que es lo mismo que decir que en un momento posterior el consentimiento no puede ser revocado y que el conviviente no casado, nacido el hijo, tampoco podrá impugnar su paternidad.



Tratándose de inseminación "post mortem" el artículo 9, apartados 2 y 3, permite, tanto al marido como al varón no unido por vínculo matrimonial, la posibilidad de consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer o compañera. Tratándose de parejas no casadas, este consentimiento valdrá como título para iniciar el expediente del citado artículo 49 de la Ley del Registro Civil.

9) R.D. 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a todos los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes (artículo 1); asistencia que tendrá idéntica extensión, contenido y régimen que la prevista en el Régimen General de la misma (artículo 2).

10) L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, que en su artículo 1.2 establece que "para que sean de aplicación las disposiciones de la presente ley, será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes que de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos".

11) Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. En su artículo 12.4 se confiere el derecho a continuar en el arrendamiento, cuando el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, al cónyuge conviviente y "en favor 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 desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia".

El artículo 16.1.b) reconoce en favor del conviviente, y en iguales circunstancias, el derecho a subrogarse en el contrato en caso de muerte del arrendatario.

En el artículo 24.1 se atribuye al arrendatario, previa notificación escrita al arrendador, la facultad de 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 que conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o a la de los familiares que con él convivan.

Y la Disposición Transitoria Segunda, B),7, en la que, refiriéndose a los contrato de arrendamiento de vivienda celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, los derechos reconocidos en los apartados 4 y 5 de la propia transitoria (derecho de subrogación en el lugar del arrendatario fallecido, de los artículos 24.1 y 58 de la L.A.U. de 1964), serán también de aplicación respecto de la persona que hubiera venido conviviendo, etc. etc. etc..

12) R.D. 266/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Objeción de Conciencia y Prestación Social Sustitutoria que, en su artículo 28.4, al

regular las prórrogas por sostenimiento familiar, considera miembros de la unidad familiar al cónyuge o a la persona unida por análoga relación de afectividad.

13) Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para facilitar el acceso físico a las viviendas y al eliminar las barreras arquitectónicas que supongan una dificultad para los discapacitados, que su artículo 2.2 equipara al cónyuge con "la persona que conviva con el titular de forma permanente en análoga relación de afectividad con independencia de su orientación sexual".

14) L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Encontramos:

-artículo 23. Incluye como circunstancia que puede atenuar o 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". Es la denominada "circunstancia mixta de parentesco", cuando no creemos que entre los convivientes pueda hablarse de parentesco. Carca que es uno, por cuanto hasta la ya citada vigésimo segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española define el parentesco como "vínculo de consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a ésta",

-artículo 153, que tipifica el delito de malos tratos (pena de prisión de seis meses a tres años) respecto del que habitualmente ejerza violencia física "sobre su cónyuge o persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente",

-artículo 424, en el delito de cohecho la convivencia marital se toma en consideración para reducir la pena del conviviente que en causa criminal seguida contra su compañero trata de sobornar a la autoridad o funcionario público,

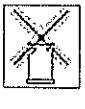
-artículo 443, que sanciona con la pena de prisión de uno a dos años de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, a la autoridad o funcionario público que solicitaré sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad... tenga pretensiones pendientes de resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior,

-artículo 444, que castiga con la pena de prisión de uno o cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, al funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitare sexualmente al cónyuge de persona que tenga bajo un guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad,

-artículo 454, en el que se exime de las penas impuestas a los encubridores a los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, y

-artículo 617.2, en el que, en materia de faltas contra las personas, se aumenta la pena cuando los golpeados o maltratados de obra sean el cónyuge o persona con quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad.

15) Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de delitos violentos y contra la libertad sexual, que al establecer un sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas, reconoce la cualidad de víctimas indirectas en el caso de muerte al cónyuge del fallecido, si no estuviere separado legalmente, "o a la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos



años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia" (artículo 2.3 a) y que, en el caso de concurrir el cónyuge o el conviviente con hijos del fallecido divide la cantidad entre unos y otros por mitad (artículo 2.4. a).

16) R.D. Ley 13/1996, de 20 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por la inundación en el término municipal de Biescas (Huesca), en el que se incluye como beneficiario a título de víctimas indirectas, en el caso de muerte, al conviviente heterosexual que reúna los requisitos de la ley precedente.

17) R.D. 1211/1997, de 18 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de ayuda y resarcimiento a las víctimas de delitos del terrorismo, que en en su artículo 7.2 a) considera titulares del derecho de resarcimiento al conviviente, incluso homosexual, en los mismos términos de la citada ley 35/1995, y

18) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Duda la doctrina en si la convivencia de hecho puede entenderse o no incluida entre las causas que permiten tachar los testigos propuestos por la parte contraria, por cuanto el artículo 377.1.1ª alude a "ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro el cuarto grado civil de la parte que lo haya presentado o de su abogado o procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo". Es inteligente -y por eso la compartimos- la postura de CANTERO NÚÑEZ, quien considera que en rigor "no se podría entender aquí incluido el conviviente ya que a éste no le liga "vínculo" alguno con su compañero, que es sobre lo que se predica la analogía. Sin embargo, la interpretación correctora -sigue diciendo- debe imponerse. De no admitirse esta interpretación, se podría lograr el mismo resultado por concurrencia de "amistad íntima", al amparo de la causa cuarta del mismo artículo.

B) Afirmaciones de carácter general contenidas en las Sentencias del Tribunal Constitucional.

Es posible -aunque poco probable- que alguno de los presentes se haya sorprendido por la extensa enumeración precedente; es, sin embargo, evidente que estos derechos y facultades reconocidos a los miembros de la pareja no constituyen una verdadera y propia regulación legislativa sistemática u orgánica, por lo que continuamos estando en la situación expresada en la rúbrica: "sin Derecho".

Para completar el examen de la cuestión vamos a acudir a la vía jurisprudencial limitándonos en este apartado a las Sentencias del Tribunal Constitucional, sin que ello suponga menosprecio alguno a las emanadas del Tribunal Supremo –de las que nos ocuparemos más adelante- de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, Audiencias y Juzgados de Instancia y escogiendo desde 1992 las que hemos considerado más interesantes por los principios/criterios de carácter general en ellas contenidos.

Empezamos con la **Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre**, recaída en la cuestión de inconstitucionalidad 1419/1988, planteada por la Magistratura número 1 de Álava contra el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social y la disposición adicional décima, 2, de la ley 30/1981, de 7 de julio -ya examinada-, por oposición a los

artículos 10, 14 y 39 de la Constitución. Fallo: desestimatorio.- Las circunstancias del caso fueron las siguientes. La demandante en el proceso originario, tras el fallecimiento en 1987 de su compañero, con el que había convivido más de 40 años, solicitó pensión de viudedad, que le fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, por no existir vínculo matrimonial con el causante y no tener legalizada la situación. La solicitante había contraído matrimonio en 1939 con otra persona que, según se dice, había desaparecido durante la guerra civil. Interpuesta reclamación previa contra la anterior denegación, fue desestimada por dicho Instituto por no tener la solicitante la condición de viuda, según se requiere para ser pensionista de viudedad por el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social y porque el fallecimiento del causante no se produjo con anterioridad a la ley 30/1981, habiendo podido, por tanto, llevar a cabo la regularización de su situación, de conformidad con lo previsto la disposición adicional décima, 2, de dicha ley.- Interpuesta por la interesada demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Magistratura de Trabajo número 1 de Álava, tras los trámites pertinentes, dictó el 29 de julio de 1988 Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al abrigar dudas acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 160 de la L.G.S.S. (en cuanto se refiere exclusivamente al viudo-viuda) y la disposición adicional décima, 2, de la ley 30/1981 (en cuanto que el reconocimiento de los derechos a que alude se condicionan a que el fallecimiento del compañero/compañera hubiera acaecido con anterioridad a la vigencia de dicha ley), con relación al artículo 14 de la Constitución Española, que prohibe la desigualdad de trato, en este caso derivada de la inexistencia de vínculo conyugal; con el artículo 39 C.E., que ampara a la familia no matrimonial; y, por último, en relación con la artículo 10 C.E., que al consagrar como fundamento del orden político "el libre desarrollo de la personalidad", parece implicar como de difícil sostenimiento la exigencia de vínculo matrimonial.

Tras recordar que el propio Tribunal Constitucional ya tiene declarado, de un lado que para poder ser titular del derecho a la pensión de viudedad se requiere que el beneficiario de la misma hubiera contraído legítimo matrimonio con el (o la) causante (Sentencias 177/1985, 27/1986 y 270/1988); y, de otro, que la Ley 30/1981 no ha creado una nueva pensión distinta a la de viudedad, sino que se ha limitado a añadir a la causa de pedir existente (el vínculo matrimonial) una nueva basada en la convivencia extramatrimonial, sólo en aquellas uniones estables que tuvieran su causa en la imposibilidad de contraer matrimonio por inexistencia del divorcio, entra en el examen de los preceptos constitucionales invocados, considerando:

-que debe excluirse de entrada el contraste aislado del artículo 160 L.G.S.S. con el artículo 10 de la Constitución, pues el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido ni coartado por que al supérstite de una unión de hecho la ley no le reconozca una pensión de viudedad. Si podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o reprimir la convivencia "more uxorio",

-que tampoco cabe establecer un contraste aislado entre los preceptos legales cuestionados y el artículo 39 C.E. Pues, sin necesidad de interrogarse ahora acerca de si "la protección social, económica y jurídica de la familia" a que este precepto se refiere podría alcanzar tanto a la familia matrimonial como a la no fundada en el matrimonio, es claro que dicho precepto no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todo los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 C.E. aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni

aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (artículo 32.1 C.E.), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y a la mujer que decidan convivir "more uxorio", y

- 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 (Auto T.C. nº 671/1985, de 9 de noviembre, de inadmisión del recurso de amparo 291/1985), y ello también respecto de las pensiones de viudedad, precisando, a éste propósito, que la actual regulación de tales pensiones no vulnera lo dispuesto en el artículo 14 C.E. Es claro que en la Constitución Española el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución garantizada por la Constitución y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (artículo 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho "more uxorio", que ni es una 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. Es cierto también que el legislador podría extender a las uniones estables de hecho los beneficios de la pensión de viudedad, pero el que en la actualidad no lo haya hecho así no lesiona en sí mismo el artículo 14 C.E. ni tampoco en su conexión con el artículo 39.1 del propio texto constitucional.

La conclusión alcanzada no se altera por el hecho de que en otros supuestos muy distintos al de la pensión de viudedad el legislador haya equiparado al cónyuge la "análoga relación de afectividad". Tales supuestos -afirma la Sentencia- no admiten comparación con el que ahora nos ocupa, todo lo más son indicativos de que las relaciones permanentes de afectividad análogas a la matrimonial comienzan a ser atendidas en determinados y peculiares casos y dotadas de ciertos efectos por el ordenamiento jurídico.

El fallo desestimatorio cuenta con dos votos particulares. El del Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra (que coincidiendo con el fallo muestra su discrepancia con la afirmación de que las denominadas uniones conyugales de hecho carecen de protección constitucional) y el del Magistrado Excmo. Sr. D. Luis López Guerra (para quien los artículos debatidos vulneran los mandatos del artículo 14, en relación con la artículo 41 C.E.).

Esta decisión de declarar que el artículo 160 de la L.G.S.S. -así como la disposición adicional décima, 2, de la ley 30/1981- no se opone a lo dispuesto en nuestra Constitución ha sido reiterada por las siguientes Sentencias del propio T.C.: nºs: 29,30, 31, 35, 38, 77/1991, 29/1992 y 66/1994. En esta última se añade una cuestión más. Alegaba la demandante de amparo que quien con ella convivía maritalmente profesaba una ideología anarquista que, aunque no era contraria a la familia, si lo era a formalizar la relación afectiva estable entre hombre y mujer, centro de la misma, a través de una institución eclesiástica o de la propia Administración; para deducir de ello que la exigencia en su situación del vínculo matrimonial como requisito imprescindible

para acceder a la pensión de viudedad supone atentar a su libertad ideológica y, con ello, al artículo 16.1 C.E. A este razonamiento se opone el T.C. alegando que, aún admitiendo las subsunción de la libertad negativa a contraer matrimonio -artículo 32.1 C.E.- en el artículo 16.1, es claro que el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica "no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo de fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho (Auto T.C. 156/1987), toda vez que el libre desarrollo de la personalidad no resulta impedido o coartado porque la ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho una pensión de viudedad, pues, en definitiva, como alega el Ministerio Fiscal, aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ellas y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio (S.T.C 20/1990), ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una prestación económica ni a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos". No cabe admitir que vulnere la Constitución el hecho de que no se reconozcan los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo pudiéndolo hacer, por más que oponga razones ideológicas a contraer el vínculo matrimonial.

El artículo 174.1 del Texto Refundido de la L.G.S.S., en la redacción vigente que le ha dado el artículo 32.uno, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, continúa manteniendo la necesidad de la existencia de vínculo matrimonial para que se reconozca el derecho a la pensión de viudedad.

Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre. Cuestión de inconstitucionalidad 1797/1990, planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Fuengirola sobre supuesta inconstitucionalidad del artículo 58.1 de la L.A.U., texto refundido de 24 diciembre de 1964, en relación con los artículos 14 y 39 de la Constitución: el Tribunal estima la cuestión y declara que dicho precepto es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación "mortis causa" a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido.

Consideraciones generales:

-la regla preconstitucional del mentado artículo 58.1 de la anterior L.A.U. ha de ser interpretada como introductora de 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" (artículo 39.1),

-en el concepto constitucional de " familia" entra, sin duda, el supuesto del matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el sentido de otras precisiones constitucionales (artículo 18.1), con la orientación de la legislación post-constitucional, con la propia jurisprudencia de este Tribunal (Sentencias 45/1989, 192 y 200/1991) y, en definitiva, con la acepción normalizada y arraigada en nuestra cultura de la voz "familia", en cuyo concepto entra, por consiguiente, también la relación matrimonial del hombre y mujer sin descendencia,

-ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el artículo 39.1 C.E. 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 sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (artículos 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 artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter "social" de nuestro Estado (artículos 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. Del propio artículo 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales, diferenciación que tampoco fue afirmada en la ya vista Sentencia 184/1990,

-que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son a todos los efectos " realidades equivalentes" es algo, por otra parte, que ya dejó dicho este Tribunal, reiterando su anterior doctrina de general aplicación, en la repetida Sentencia 184/1990 y confirmada con posterioridad en las, también invocadas, 29,30, 31, 35, 38 y 77/todas de 1991.

A esta Sentencia se formularon dos votos particulares por considerar que el artículo 58.1 de la L.A.U. de 1964 no es contrario a la Constitución. El del Magistrado Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo (no ser contrario al artículo 14 C.E. y apartarse por completo, sin declarar expresamente la razones, de la doctrina reiteradamente sentada por el propio Tribunal -Sentencia 184/1990-. Afirmando, asimismo, que no corresponde al T.C., en su función de legislador negativo, llevar a cabo esa extensión, "ex Constitutione", en favor del supérstite que había convivido "more uxorio"; situación libremente elegida y querida por ellos (artículo 10.1 C.E.) y sin que nada los hubiera impedido, en su día, contraer matrimonio) y el del Magistrado Excmo. Sr. D. José Gabaldón López (para quien, para llegar a la conclusión de que el precepto cuestionado es contrario al artículo 14 C.E., habría de darse una perfecta identidad entre matrimonio y convivencia extramatrimonial. Identidad inexistente por cuanto la unión de hecho "more uxorio" no es ni siquiera una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento).

El mismo criterio de inconstitucionalidad del repetido artículo 58.1 de la L.A.U. de 1964 se mantuvo por el T.C. en sus Sentencias 6 y 47/1993. Ya expusimos en su momento como la actual Ley de Arrendamientos Urbanos ha cambiado de criterio en su artículo 16.1. b), reconociendo en favor del conviviente el derecho a subrogarse en el contrato en caso de muerte del arrendatario.

Auto 321/1996, de 8 de noviembre, inadmitiendo el amparo solicitado (recurso de amparo número 4304/1995). Hechos: el propietario de una vivienda presenta demanda de desahucio por precario contra la recurrente en amparo, que se opuso a la demanda alegando la excepción de inadecuación del procedimiento dada la existencia de una cuestión compleja consistente en una relación de convivencia " more uxorio" entre los litigantes. El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Las Palmas dictó sentencia estimatoria de la demanda, declarando haber lugar al desahucio. Interpuesto recurso de apelación, fue desestimado por Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas.- La demandante de amparo alega tres motivos para la estimación de su recurso: a) En primer lugar, considera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 C.E.), por haber sido condenada a desalojar su domicilio en virtud de sentencia recaída en un proceso en el que no pudo ejercitar su defensa con las debidas garantías. Basa este reproche en que, habiendo alegado como título justificativo de su permanencia en el inmueble su convivencia

"more uxorio" con el demandante, nos encontramos ante una cuestión compleja, cuya resolución no puede tener lugar dentro del cauce procedimental del juicio de desahucio por precario (procedimiento sumario), sino que ha de hacerse en un declarativo ordinario.- b) En segundo lugar, entiende que la sentencia impugnada de la Audiencia vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 C.E.), al apartarse de las soluciones propiciadas para casos idénticos por otras Audiencias (por ejemplo la Sentencia de 9/6/1993 de la Audiencia Provincial de Barcelona y la de 15/6 también de 1993, de la de Madrid).- c) Por último, la demandante de amparo considera vulnerado el derecho fundamental a la igualdad (artículo 14 C.E.) por haberse producido una discriminación en razón a su estado civil (unión de hecho que describe/define como "una convivencia "more uxorio" continuada en el tiempo bajo un mismo techo con medios y recursos en común, con asunción por ambas partes de todos los deberes matrimoniales, incluido el de fidelidad, y pública, manifiesta, patente y monógamica). A su entender, acreditada la existencia de una relación cuasi-marital entre los litigantes falta uno de los presupuestos esenciales de la institución del precario, ya que en ningún caso puede hablarse de una carencia de título de la hoy recurrente en amparo para permanecer en la vivienda en disputa.

El T.C. mantiene:

-que la primera de las vulneraciones denunciadas (indefensión) carece de fundamento. La existencia de juicios sumarios, como puede ser el de desahucio, no es de por sí contraria a la prohibición constitucional de indefensión, precisamente porque lo que caracteriza a los juicios sumarios es que no cierran la posibilidad de discusión del fondo del asunto en toda su plenitud en un posterior juicio declarativo ordinario (Sentencias del Tribunal Constitucional 60/1983 y 187/1990),

-respecto de la posible discriminación entre uniones matrimoniales y de hecho en relación con la aplicación del juicio de desahucio por precario, lo primero que hay que advertir es que tal discriminación, caso de existir, no se encontraría en la ley, que se limita a prever en el artículo 1.565.3º LEC (en su anterior redacción) la procedencia del desahucio en situaciones de precario sin hacer distinción alguna por la condición personal del precarista, por lo que hay que entender que la queja se refiere a una posible discriminación en la aplicación de la ley. Y en este caso debería haberse probado, lo que no se ha hecho, que la Audiencia de Las Palmas hubiera adoptado alguna decisión anterior en que hubiera rechazado el desahucio por precario en un supuesto análogo al presente, con la sola diferencia de tratarse de una unión matrimonial y no de hecho. Estima el T.C. que la Audiencia tomó una decisión muy ajustada a las circunstancias del caso concreto y no basada en la simple existencia de una unión de hecho, en la que incluso se planteó la posibilidad de aplicar analógicamente el artículo 96.3 C.c.,

-y en orden a la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 C.E.), por la existencia de sentencias contradictorias con la impugnada procedentes de otras Audiencias, es doctrina reiterada del Alto Tribunal que este principio a lo que se opone es a que un mismo órgano judicial cambie de criterio de manera inmotivada en la resolución de supuestos sustancialmente iguales, pero que tal principio no es aplicable cuando las decisiones contradictorias entre sí proceden, como en este caso, de órganos judiciales distintos (Sentencias 146/1990, 134/1991 y 119/1994 del T.C., entre otras).

Sentencia 47/2001, de 15 de febrero, en la que se deniega el amparo solicitado por los cónyuges-que habiéndose acogido expresamente a la modalidad de "declaración conjunta", regulada en el hoy derogado artículo 87, apartado 2, de la ley 18/1991, 6 de

junio, del IRPF, constituyeron una unidad familiar integrada, la primera de ellas, por el esposo y un hijo, y la segunda, por la esposa y otro hijo- contra Sentencias de las Secciones Octava y Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por las que se desestiman los recursos interpuestos contra sendas liquidaciones provisionales en concepto de IRPF de los ejercicios 1994 y 1993.- Alegaron los demandantes de amparo- en lo que más nos interesa en la materia que examinamos- la vulneración de su derecho fundamental a la igualdad ante la ley -artículo 14 C.E.-. Si de acuerdo con las sentencias impugnadas los matrimonios con hijos no pueden constituir la modalidad de unidad familiar del citado artículo 87.2, ésta es una opción a la que sí pueden acogerse las parejas que conviven "more uxorio", lo que se traduciría en la práctica en un trato fiscal más favorable para estas últimas que, no sólo carece de justificación razonable, sino que además contradice los artículos 32.1 y 39 C.E.- Según el Alto Tribunal son dos las situaciones en las que la ley permite la declaración conjunta: La primera engloba los supuestos en los que existe un vínculo matrimonial, con independencia de que los cónyuges tengan o no hijos menores a su cargo; la segunda, abarca los supuestos de las familias monoparentales, esto es, las formadas por el padre o la madre con sus hijos, con independencia de que éstos hayan sido adoptados, sean el fruto de una anterior relación matrimonial o hayan sido concebido fuera del matrimonio. Lo que está más claro es que no permite que cada cónyuge pueda constituir una unidad familiar de las recogidas en el artículo 87.2, con uno de los hijos menores no emancipados, escindiendo así artificialmente en dos, no sólo la " unidad familiar" tal y como está configurada legalmente en el artículo 87, sino incluso, de algún modo, la propia familia; y que el precepto de que se trata no pretende regular a efectos del IRPF la situación de las parejas de hecho- en su apartado 1 reclama la existencia de vínculo matrimonial, y en el 2 sólo toma en consideración las relaciones paterno-filiales-.

C) Criterios utilizados por el T.S. en los supuestos de inexistencia de norma aplicable. En llegado este momento todos -ustedes y este charlatán- se encuentran en situación límite, de ahí que en gran síntesis vamos a intentar resumir los más importantes Sentencias del Tribunal Supremo.

1) **Sentencia de 11 de diciembre de 1992**. No admite que entre la actora y el demandado existiera, durante los seis años de su convivencia en unión extramatrimonial, una sociedad universal de ganancias, entre otras, por las siguientes razones: a) La sociedad requiere el consentimiento, claro e inequívoco, de los contratantes, el cual en cierta manera, se identifica con el tradicional requisito de la "affectio societatis". b) La existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial, ya que puede suceder que quienes la formen prefieran mantener su independencia económica. No es posible entender que la reclamación económica pueda encontrar fundamento en la aplicación de la artículo 1902 C.c., ni tampoco en la aplicación por analogía de lo dispuesto en el artículo 97 C.c. (pensión en caso de separación o divorcio). Sí se admite la existencia de un enriquecimiento sin causa, que según reiterada doctrina jurisprudencial (vide Sentencia 31-marzo-1992) exige: aumento del patrimonio del enriquecido; correlativo empobrecimiento del actor; falta de causa que justifique el enriquecimiento; e inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. Requisitos que se cumplen en el caso. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado -dice el Tribunal- porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse

determinadas atenciones -en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc- en la forma que está probado lo vino realizando la actora.

2) **Sentencia de 18 de febrero de 1993 (116/1993).** Reitera el criterio sustentado en sentencias de la misma Sala de lo civil-Sentencias de 21 de octubre de 1992 y la precedente de 11 de diciembre del mismo año- de la imposible aplicación a las uniones "more uxorio" de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aún reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y la susceptibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la ley, no cabe por eso equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución -afirmaciones que toma de la ya expuesta Sentencia del Tribunal Constitucional 184/1990, de 15 de noviembre-.

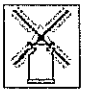
De ahí que para solucionar problemas la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que patenticen la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal.

Se hace, por tanto, preciso no sólo la "affectio societatis" -elemento indispensable para que pueda entenderse que existió la voluntad de crear una sociedad civil, que por sus características resulta obligado calificar de irregular-sino también la puesta en común de dinero, bienes o industria, por aplicación del artículo 1665 C.c..

3) **Sentencia de 22 de julio de 1993**. Reconoce que las uniones de hecho o "more uxorio" constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ir siendo jurídicamente admitida, bien que con evidente resistencia, por los Tribunales tanto de la jurisdicción ordinaria como constitucional (Sentencias del T.S. de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992 y 18 de febrero de 1993; y del T.C. de 11 de diciembre de 1992 y 18 de enero y 8 de febrero de 1993). Admisión obligada por el artículo 39.1 del Texto constitucional.

Teniendo en cuenta que si bien la exégesis de los preceptos legales debe realizarse hoy con criterios inspirados no sólo en principios históricos, lógicos y sistemáticos, sino también socio-políticos, no es de olvidar en un Estado de Derecho otro esencial postulado que por afectar, al menos en principio, a toda la Comunidad Social debe imperar: el de la seguridad jurídica, consecuencia de lo cual: 1º Las uniones matrimoniales y las "more uxorio" no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes (Sentencia del Tribunal Supremo de 11-12-1992); 2º No serán aplicables a esas uniones normas que sean específicamente establecidas para la regulación de las primeras, a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía.

El juego de la analogía radica en la similitud ("semejanza", según el artículo 4º C.c.) entre el supuesto que ante el órgano judicial -o intérprete- se presenta, carente de regulación legal, y aquél al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o "identidad de razón", cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del Derecho (vide Sentencia del T.S. de 12-diciembre-1980).



Rechaza esta Sentencia la aplicación analógica a las uniones de hecho de los artículos 1396 y siguientes del Código civil, por cuanto esa semejanza no puede admitirse, desde el momento que el examen analógico-comparativo de las mismas y las uniones 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, tal acontece por ejemplo con la creación del "status iuris" casado/a que tampoco es de aplicación a las uniones "more uxorio", y lo mismo acontece con los requisitos que la disolución de las matrimoniales requiere y no juegan para las de puro hecho.

Además, en contra de dicha aplicación analógica ha de tenerse en cuenta que lo pregonado en el artículo 14 C.E., es que la igualdad que en el mismo se establece exige que todos aquellos respecto de los cuales se reclama se encuentren en la misma situación, sin que pueda establecerse diferencia alguna por razón de las personas o circunstancias que no estén presentes en la norma (Sentencias del T.C. de 12 de julio de 1988 y 142/1998), igualdad que no se da en el presente caso.

Consiguientemente, la aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico-matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas. La solución contraria -aplicación de la analogía- podría implicar o acaso incluso conducir a una auténtica creación judicial del Derecho en materia de dichos regímenes económicos, lo cual no autoriza el artículo 1 C.c. en general y su ordinal 6º en particular.

Rechaza también esta Sentencia -referida al caso concreto- la existencia de una sociedad civil irregular del artículo 1669 C.c. (por cuanto para su existencia resultan imprescindibles los pactos "inter partes") y la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto (por no darse ninguno de los requisitos que para la estimación de dicha figura señala la doctrina de esta Sala).

4) **Sentencia de 27 de mayo de 1994 (536/1994).** Rechaza, una vez más, la aplicación analógica de las normas matrimoniales, porque no se da identidad de razón con una institución como la matrimonial de la que, además, no quisieron participar.- Que estemos ante un hecho social innegable, no comporta que haya que extender los efectos de la institución del matrimonio por aplicación del artículo 3 C.c., que hace referencia la realidad social del tiempo en que las leyes han de ser aplicadas, pues no se trata de interpretar una ley -que es el campo de aplicación del artículo 3 C.c.-.

Y se inclina por buscar solución a las cuestiones económicas que puedan surgir por la vía de los pactos societarios o de otro carácter contractual y hasta la aplicación -si se dieran los requisitos- de la acción de reclamación de cantidades en base a la prestación de servicios, gestión de negocios o el enriquecimiento sin causa.

5) **Sentencia de 11 de noviembre de 1994 (894/1994).** Reitera la imposible aplicación a las uniones de hecho o "more uxorio" de la normas reguladoras de la sociedad de gananciales, por no tratarse de uniones equivalentes a la matrimoniales. Por lo cual, la doctrina jurisprudencial ha tenido que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que patenticen la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal.

6) **Sentencia de 20 de noviembre de 1994 (948/1994).** La Sentencia recurrida partió de la base de que las uniones de hecho no tienen el carácter de uniones conyugales, no quedando por ello equiparadas legalmente al matrimonio, razón por la que se desestima la demanda en la que la mujer insta, tras la finalización de la unión, que se le atribuya el uso del domicilio en que convivieron y se le conceda una pensión mensual por cargas familiares, en la que no entran las relativas a los hijos habidos por ser todos mayores y ajenos al caso.

La Sala falla desestimando el recurso y manteniendo que la protección social y jurídica de la familia a que se refiere la artículo 39.1 C.E. no permite aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales a las uniones de hecho, aunque esta Sala ha tenido buen cuidado en admitir que las uniones de hecho, máxime las de larga duración, pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación, bien por la aportación a la creación de un patrimonio o con apoyo en el enriquecimiento injusto o en algún otro precepto incluso aplicable por analogía, para lo cual han de citarse los concretos preceptos con los que la analogía se da -lo que no se hizo en el recurso-. (Vide la Sentencia de 22 de julio de 1993).

También se desestiman otras cuestiones por no haber sido planteadas en los escritos fundamentales del pleito (responsabilidad extracontractual, el artículo 1901 C.c. relativo al cuasi-contrato de cobro de lo indebido) y estar vedado hacerlo en casación.

7) **Sentencia de 24 de noviembre de 1994 (1075/1994).**Una vez más: no es posible aplicar a las uniones "more uxorio" las normas reguladoras del régimen legal de la sociedad de gananciales, pues aun reconociéndose la libertad para crear aquellas uniones libres, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras.

Y este mismo razonamiento es también extensible a la inaplicación de las normas reguladoras del régimen de separación de bienes -lo que había hecho la Audiencia-, pues quien de tal forma se unieron pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente (en la generalidad de los casos) para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Debe respetarse la decisión personal, libremente tomada, de unirse, prescindiendo del vínculo legal del matrimonio, y declarar que tales uniones son instituciones sustancialmente distintas, en cuanto a la generación de derechos y deberes interpersonales y patrimoniales.

Ciertamente, que habrá supuestos en los que se producirán consecuencias económicas, a los que habrá que procurar adecuada y justa solución y que será posible, cuando se acredite que hubo "affectio societatis", por las vías de la analogía con la sociedad o la comunidad de bienes, o cuando se acredite el incremento patrimonial de uno por el esfuerzo del otro, que se busque el equilibrio por la vía del enriquecimiento injusto, etc..

8) **Sentencia de 30 de diciembre de 1994 (1181/1994).** Tras reproducir los argumentos contenidos en la ya examinada Sentencia de 22 de julio de 1993, sobre la imposibilidad de aplicar por analogía las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico-matrimoniales a las uniones de hecho, añade que la inexistencia de regulación legal de éstas "no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado

por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al respeto del libre albedrío, al libre albedrío o facultad del hombre para pronunciarse o gobernarse en uno u otro sentido, como ser libre que es y, como tal, titular de derechos subjetivos que le autorizan a hacer lo que le place, dentro del poder concreto que el ordenamiento jurídico y la Constitución le conceden, de tal manera que someter su voluntad al establecer una situación de "facto" a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica, puede constituir un ataque frontal a su libertad".

No hay, pues, laguna de ley, sino respecto al libre albedrío, al derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio. Si se aplicase la analogía habrían de imponerse a los litigantes los mismos derechos y deberes que a la institución matrimonial impone la ley, en detrimento de la libertad de la pareja, uno de cuyos miembros se acuerda de aquella institución que no quiso asumir cuando la convivencia hace crisis.

El Juzgado, cuya sentencia se confirma, ya advirtió que "los efectos solicitados en la demanda, propios de la nulidad, separación o divorcio del matrimonio no son aplicables a una convivencia extramatrimonial, lo que no significa, sin embargo, que esas situaciones carezcan de toda protección jurídica, pues si a consecuencia de tal relación de convivencia se han producido efectos patrimoniales o una parte se considera perjudicada por el cese de esa convivencia puede solicitar al amparo de otros preceptos la protección que considere merecer".

En esta importante Sentencia el Supremo deja claro que "tampoco resulta baladí recordar que, aunque la legislación sobre matrimonio y familia pueda variar en un momento dado, en la actual concreción jurídica no cabe alegar el artículo 39 de la Constitución para reclamar la protección jurídica de la familia creada al amparo de una unión de hecho, pues dicho artículo se encuentra enmarcado en el Título I, Capítulo Tercero, y el artículo 53.3 establece que "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos", pero "sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen", lo que implica una reserva de ley que no cabe violentar mediante la analogía.

9) **Sentencia de 18 de marzo de 1995 (229/1995).** Rechaza la aplicación a estas uniones "more uxorio" de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales y, siguiendo la doctrina jurisprudencial de acudir en cada caso a los pactos expresos o tácitos ("facta concludentia") existentes entre los interesados, considera que la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como si de un matrimonio se tratara, y durante el cual ambos ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjuntamente e individualmente pero para la sociedad que esa convivencia y trabajo en común había consolidado, se está declarando la existencia entre ellos de una sociedad civil irregular de carácter universal que, de acuerdo con el artículo 1629, párrafo segundo, C.c., habrá de regirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (artículos 392 y siguientes), por lo que, se califiquen tales relaciones de comunidad normal de bienes o de copropiedad por cuotas -como hace la sentencia recurrida-, o de sociedad civil irregular, el régimen jurídico aplicable es el mismo.

10) **Sentencia de 16 de diciembre de 1996 (nº 1085/1996).** Hechos probados: convivencia de la demandante con el ahora recurrente que se prolonga por espacio de unos tres años y en la que se integran los tres hijos que aquélla tuvo de su precedente matrimonio disuelto. Esta convivencia se mantuvo en el domicilio que el demandado estableció en la calle... y creó una auténtica comunidad de intereses económicos, a más de naturales vínculos afectivos y de un claro reconocimiento social, de todo lo cual se derivó un estado de hecho semejante al generado por una unión matrimonial. La actora convino en mantener tal convivencia ante la certidumbre de que habría de alcanzar el refrendo legal, mediante celebración del matrimonio civil con el demandado y así se promovió e incoó el oportuno expediente previo, en el que llegó a hacerse concreto señalamiento para el acto de la ceremonia. La aceptación de esta forma de convivencia llevó a la demandante a resolver el contrato de arrendamiento que venía disfrutando de otra vivienda, donde residía en unión de sus tres aludidos hijos y en la que aceptaba un número reducido de huéspedes que representaban para ella unos fluctuantes ingresos económicos. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda, condenándose al varón a abonar a la actora una cierta cantidad y conceder a ésta el uso de un automóvil -por un año- y el de la vivienda por dos años. En apelación esta sentencia fue revocada parcialmente en cuanto a la cantidad a satisfacer en concepto de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de promesa matrimonial, confirmando sus restantes pronunciamientos.

El Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso interpuesto, proclama:

-que nos hallamos ante una convivencia al modo matrimonial de una pareja heterosexual matizada por la promesa de matrimonio que, aunque fuera el motivo determinante de la convivencia, refleja un hecho jurídicamente diferenciado al que no se pueden anudar las consecuencias jurídicas del hecho de la convivencia. En efecto, la realidad social de nuestro tiempo, ofrece ejemplos abundantes de la generalización en la práctica de este tipo de convivencias, carentes todavía de tratamiento unitario, aunque no faltan referencias legales y más jurisprudenciales. No constituyen matrimonios informales consolidados por el Derecho, como fue el matrimonio por uso del Derecho Romano o el matrimonio "a yuras" del Derecho castellano, que fue aceptado por la Iglesia hasta el Concilio de Trento. Ni tampoco deben confundirse con matrimonios de segundo orden o sucedáneos del mismo. En realidad suponen en unos casos alternativa al matrimonio, y en otros una preparación al matrimonio que se contempla como culminación de la satisfactoria convivencia. Nota común es la exclusión, por regla general, de las normas legales del matrimonio, para disciplinar estas situaciones, ya que voluntariamente no se acogen los interesados a las mismas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras. No obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros,

- que los daños y perjuicios que se reclaman en ejercicio de una acción de resarcimiento por convivencia al modo uxorio, en la que intervino promesa de matrimonio, tienen su origen en la imprevisión de ambos convivientes que debieron establecer con claridad los derechos y deberes recíprocos, aun en caso de ruptura, aunque nunca para el supuesto de no celebración del matrimonio que constituye, según el artículo 42 C.c., cláusula nula,

-que el daño moral causado por la frustración del proyecto matrimonial

no es idemnizable bajo ninguna cobertura legal (se invocaba el artículo 43 C.c.). Sí lo son los demás conforme al artículo 1902 C.c. (culpa extra-contractual),

-que el enriquecimiento injusto tampoco es argumento que pueda servir de soporte al pronunciamiento relativo al uso de la vivienda, sino el desamparo en que quedó la actora como consecuencia del fracaso y ruptura de su convivencia con el demandado. No cabe, tampoco en este orden, apoyarse en el artículo 43 C.c., pues tal interpretación supondría forzar los límites del expresado precepto, cuya "ratio" no presupone la convivencia como un hecho anticipado al matrimonio, sino que la contempla implícitamente como un hecho futuro, y

-que admite una aplicación analógica de la disciplina matrimonial, en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación, y sobre todo investigando la "ratio normativa", a la convivencia "more uxorio". Recuerda la doctrina de la Sala mantenida en la ya examinada Sentencia de 22 de julio de 1993 y con ella rechaza la aplicación analógica de los regímenes económicos-matrimoniales, pero llega a solución contraria respecto del uso de la vivienda familiar, reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privaticidad), al tiempo que, cuando existen hijos, es también auxilio indispensable para el amparo y educación de éstos. La aplicación del artículo 96 C.c., párrafo tercero, integrado con el artículo 4º.1, justifica una solución como la adoptada por ambas sentencias de instancia.

11) **Sentencia de 4 de marzo de 1997.** Mantiene, una vez más, la doctrina jurisprudencial de la no aplicación analógica de las normas relativas a los regímenes económico-matrimoniales (Sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992; 18 febrero y 22 de julio de 1993; y 27 de mayo de 1994) y rechaza la infracción del principio general del derecho "da mihi factum daba tibi ius", o "iura novit curia", invocado por el recurrente ya que, según su tesis, acreditada la unión libre no matrimonial, se debió proceder a su encaje dentro de una institución jurídica. El motivo se desestima. Aparte de que los aforismos que se citan son simplemente eso, meros aforismos o reglas que compendian en muy pocas palabras la totalidad de una regulación jurídica, o si se quiere, son resúmenes escuetos de la misma, pero no "un principio general del Derecho", la recurrente olvida que los órganos judiciales están vinculados a la ley por la Constitución (artículo 117) sin que se admita que puedan crear Derecho. Por tanto, es obvio que la regulación, con carácter general, de las uniones extramatrimoniales en modo alguno les compete, si es que fuera necesario regularlas. Mucho menos pueden quebrantar la ley, con el pretexto de integrar el ordenamiento jurídico, como lo sería aplicar el régimen económico-matrimonial y los derechos del cónyuge viudo a quien no es tal cónyuge por su propia y libre decisión.

12) **Sentencia de 4 de abril de 1997 (número 272/1997).** En la síntesis jurisprudencial, mantenida en su Fundamento Jurídico Cuarto, recoge la Sentencia de 21 de octubre de 1992, según la cual la normativa reguladora de los regímenes económico-matrimoniales (Título III del libro IV del C.c.) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre por el mero hecho del surgimiento de la misma, sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias del caso, pueda predicarse la aplicabilidad (no por "analogía legis", que aquí no se da, sino por "analogía iuris") de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio, regula el citado Título del C.c., siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los

convivientes fue someterse al mismo, por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial ("more uxorio"), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por su "facta concludentia" (aportación continuada y duradera de sus ganancias o su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o alguno de los bienes adquiridos -a título oneroso- durante la duración de la unión de hecho.

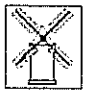
En el caso concreto -adquisición de una vivienda escriturada a nombre de la mujer, cuando en el documento privado previo (no citado en la escritura) lo estaba a nombre del varón y aportación por éste de parte del precio- el Tribunal Supremo, tras considerar aplicable analógicamente las normas del régimen de gananciales en los supuestos en que no existan elementos derivados de la propia conducta de los convivientes determinante de su exclusión, reconoce la titularidad exclusiva derivada de la escritura, si bien con la obligación de reintegrar al actor la aportación económica efectuada para la adquisición, entendiendo que esta unión de hecho funcionaba con un sistema afín a la separación de bienes .

13) **Sentencia de 29 octubre de 1997 (905/1997).** En las uniones de hecho cuando cesa con carácter definitivo la convivencia familiar surge la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, ya los que se debe aplicar, sin duda, el régimen que establecen los artículos 392 y siguientes del Código civil.

14) **Sentencia de 10 de marzo de 1998 (212/1998).** Novedosa sentencia que inicia un cambio jurisprudencial. La recurrente estimaba aplicable la norma que establece el artículo 96 C.c., respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar para las crisis matrimonial, a un supuesto de convivencia "more uxorio".

Reconoce la Sala que este tipo de convivencias no están reguladas legalmente, ni tampoco prohibidas por el Derecho: son ajurídicas, pero no antijurídicas; carecen de normativa, pero producen o pueden producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo -hoy por hoy inexistente- sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica. Idea en la que ha incidido el T.C. en toda la sentencias en que ha reconocido al conviviente la subrogación "mortis causa" en caso de fallecimiento del arrendatario con el que mantenía una convivencia "more uxorio" bajo el régimen de la derogada L.A.U. (Sentencias 222/1992, de 11 de diciembre; 6/1994, de 18 de enero y 47/1993, de 8 de febrero).

En este caso tratábase de una convivencia "more uxorio", en la que una vivienda y una plaza de aparcamiento habían sido adquiridas por mitad y "pro indiviso" por los



convivientes, y en la que la recurrente contrae una grave enfermedad, y continúa, por pacto entre ambos, en su uso tras la ruptura.

Se trata, pues, de una situación de trascendencia jurídica derivada de una situación de hecho no regulada por ley, ni desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1.C.c. y matiza su apartado 4. Y el principio general no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (artículo 10, dignidad de la persona; artículo 14, igualdad; artículo 39, protección a la familia), de normas de Derecho privado (artículo 96 C.c.) y la nueva L.A.U. (Ley 29/1994, de 24 de noviembre; artículo 16.1.b), de las Sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas y de las mismas de esta Sala.

Se estiman los tres motivos del recurso por cuanto la Sentencia de instancia ha inaplicado incorrectamente el artículo 96 C.c. y la doctrina jurisprudencial, pero no porque sea aplicable directamente, ni por analogía, sino porque es aplicable el principio general que se deduce de ésta y de los demás normas citadas, principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado.

15) **Sentencia de 27 de mayo de 1998 (número 504/1998).** Del hecho de que exista una convivencia "more uxorio" no se puede deducir sin más la voluntad de constituir un patrimonio común; si alguna deducción lógica cabe hacer es la de que cada uno conserve su total independencia frente al otro; que no quieren contraer las obligaciones recíprocas, personales y patrimoniales, que nacen del matrimonio. Naturalmente que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 C.c.; o bien que conductas significativas o de actos con ese mismo carácter patenticen que quieran constituir una sociedad o una comunidad de bienes.

16) **Sentencia 4 de junio de 1998 (550/1998).** Las uniones libres, aún careciendo de precisa normativa, no por esto son totalmente desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, y nuestra realidad legislativa ha afrontado el problema sólo fragmentariamente, sin pronunciarse por una prohibición total. Sobre esta cuestión la jurisprudencia de la Sala se ha manifestado en el sentido de que en materia de uniones "more uxorio" no es posible aplicar las normas reguladoras del régimen legal de gananciales, pues aun reconociendo la libertad para crear aquellas uniones libres, no pueden ser equiparables al matrimonio, ni pueden serles aplicables sus normas reguladoras (Sentencias del 21 octubre y 11 de diciembre de 1992; 18 de febrero de 1993 y 27 mayo y 24 de noviembre de 1994). La aludida falta de equiparación no puede entenderse en términos de absoluta incompatibilidad, pues descendiendo al campo constitucional, aunque la Constitución no las prevé, tampoco la rechazas explícitamente y así se desprende del artículo 32 en relación con el 39, que se proyecta a la protección de la familia en forma genérica, es decir, como núcleo creado tanto por el matrimonio, como por la unión de hecho, y, por otro lado, una de las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de fecha 7 de marzo de 1988, está orientada para que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que vivan juntas, como parejas no casadas, no puedan tenerse como nulos por la única razón de haberse concertado en dichas situaciones.

Habiéndose probado que en la unión ""more uxorio" de este caso concreto -de la que incluso nacieron dos hijas-, ambas partes acordaron someter el patrimonio adquirido por ambos, con sus frutos y sus rentas, al régimen de la sociedad legal de gananciales, es fundamento suficiente para que el Tribunal "a quo", en línea coincidente con el criterio del juez de instancia, concediera a Doña... la percepción de una indemnización mensual por el factor desestabilizador que la supuso la cesación de la convivencia. Si bien, no en concepto de pensión compensatoria por la vía del artículo 97 C.c., al no existir matrimonio.

17) **Sentencia de 23 de julio de 1998 (790/1998).** No cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial ("more uxorio"), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes. La comunidad sólo surgirá si quienes decidan unir sus vidas tienen el propósito de formar un patrimonio común con sus bienes. De la existencia de una actividad económica conjunta con aportación del esfuerzo personal de ambos, deriva la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal con los bienes pertenecientes a ambos.

18) **Sentencia de 1 de junio de 1999.** A diferencia de toda la demás citadas, ésta es de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 6ª). Este recurso -que fue estimado- lo interpuso la interesada contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por la que se desestimaba el interpuesto contra la denegación a la recurrente por el Ministerio del Interior de la petición de indemnización a su favor por el fallecimiento en acto terrorista de un funcionario policial con el que convivía desde hace más de cinco años, sin que entre ellos existiera vínculo matrimonial.

La Sentencia recurrida se fundaba en el texto del artículo 2 del R.D. 336/1986, de 24 de enero, según el cual sólo puede tener acceso a la indemnización por razón del fallecimiento, en acto terrorista de la víctima, el conviviente no cónyuge en el supuesto de que exista descendencia común, y en que el tratamiento diferenciado que contempla el R.D. entre convivientes con vínculo matrimonial y sin él no constituye discriminación contraria al artículo 14 C.E. de acuerdo con la doctrina sentada por el T.C. en su Sentencia de 15 de noviembre de 1990, según la cual el legislador dispone de un margen de configuración para la extensión o no de la pensión de viudedad a las uniones de hecho. La recurrente interpone casación en aras del derecho a la tutela judicial efectiva, por infracción del artículo 14 C.E. y de la jurisprudencia aplicable. Aduciendo que ha evolucionado la jurisprudencia constitucional y la conciencia social y, en suma, que se impone una interpretación analógica de conformidad con el artículo 4.1 C.c. para salvar el hecho de que el artículo 2 del R.D. transgrede el artículo 14 C.E., pues la pareja estable, a la que se niega la equiparación al cónyuge, forma unidad familiar a efecto del artículo 39 C.E.

Considera el Supremo por el supuesto de hecho contemplado en el presente proceso no puede considerarse idéntico al resuelto por el T.C. respecto al artículo 160 L.G.S.S. (hoy artículo 174 de su Texto Refundido), en sus Sentencias 65 y 134/1987 y 97/1990: a) Porque no se trata propiamente de la fijación de una prestación o ayuda de carácter social, sino que el propósito de la indemnización es resarcitorio de los daños morales y perjuicios patrimoniales derivados del daño corporal originado por el acto terrorista (vide artículo 1° del R.D. 336/1986) y b) porque los principios que formula la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, de medidas contra la actuación de bandas armadas y

Centro de Estudios Hipotecarios
Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
VALENCIA

actividades terroristas o rebeldes, no contienen disposición que pueda entenderse como la autorización de una especial distinción entre cónyuges y convivientes de hecho; distinción que no tiene, por tanto, su origen en la ley, sino en una norma de carácter reglamentario.

Basándose en la primera de las premisas, el Tribunal Supremo no considera justificada la distinción cuando se trata de atender al resarcimiento de los daños morales y perjuicios pecuniarios, dimanantes del fallecimiento de una persona. Los daños morales originados por un acontecimiento de esta naturaleza no consisten sino en el dolor y el sufrimiento que causa la muerte de una persona próxima con la que se convive y a la que se permanece ligada por razones de afecto sólo valorables en el ámbito de la relación humana, y para determinar si aquéllas existen no puede utilizarse como criterio discriminador sin incurrir en iniquidad la existencia o no de un vínculo matrimonial formalizado con arreglo al Derecho, puesto que las situaciones consolidadas de convivencia en condiciones de afectividad análoga al matrimonio en nada desmerecen, frente a los supuestos caracterizados por la existencia de un vínculo conyugal, en lo que hace al dolor que origina la pérdida de la persona querida.

Desde la segunda de las perspectivas consideradas -que el origen de la distinción se encuentra no en la ley, sino en una norma de carácter reglamentario- y en virtud del principio de subordinación de los reglamentos a la ley, es evidente que aquéllos no pueden introducir distinciones no autorizadas por la norma legal. Al carecer, por tanto, el Real Decreto de la pertinente habilitación legal, su artículo 2 debe ser interpretado analógicamente, entendiendo que en la referencia al cónyuge figura incluido por asimilación el conviviente de hecho (interpretación que encuentra su punto de apoyo en el artículo 6 de la L.O.P.J., potestad de inaplicar los reglamentos ilegales). Este criterio de asimilación ya ha sido recogido en el artículo 7 del ya visto R.D. 1211/1997, de 18 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Ayudas y Resarcimiento a las Víctimas del Delitos del Terrorismo.

Contra esta Sentencia se formuló voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, al que se adhirieron los Magistrados Excmos. Sres. don Francisco José Hernando Santiago y don Pedro Antonio Mateos García, por disentir del criterio de la mayoría, sobre la base de que arranca de una premisa equivocada: la de que las prestaciones establecidas por la L.O. 9/1984 constituyen, en lugar de ayudas públicas, indemnizaciones resarcitorias.

19) **Sentencia de 6 junio de 2000**. También de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª). Se resuelve en esta sentencia la cuestión de si el matrimonio y la unión estable de hecho son equiparables para apreciar la existencia de una razón de reagrupación familiar a los efectos de determinar la concurrencia de circunstancias excepcionales que determinen la procedencia de otorgar la exención de visado de residencia. Por razones temporales era de aplicación el artículo 12.4 de la L.O. 7/1985 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que establecía que "El Ministerio del Interior podrá autorizar la entrada, tránsito o permanencia en territorio español a los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, o que no hubieren entrado por los puestos habilitados a tal efecto, siempre que medie causa suficiente". Y el articulo 54 del R.D. 1119/1986, en desarrollo de este precepto, disponía que "Las autoridades gubernativas podrán eximir a un extranjero de la obligación de visado, si existiesen razones exepcionales que justifiquen tal dispensa". La Sala, de acuerdo con los principios establecidos en la Sentencia del Tribunal

Constitucional 222/1992, de 11 de diciembre -que aceptó la subrogación en el arrendamiento durante la vigencia de la L.A.U. anterior- y la dictada por ella misma el 1 de junio de 1999 -a la que acabamos de referirnos-, entendió que la voluntad de mantener o restaurar la agrupación familiar de la pareja estable constituye una causa suficiente o circunstancia excepcional que justifica la exención del visado de residencia para quien acredita hallarse en tales circunstancias y ello aunque el citado Reglamento de ejecución de la L.O. 7/1985 no asimile al cónyuge de un español o extranjero residente en España al conviviente de hecho a estos efectos.

En su Fundamento de Derecho Octavo la misma Sentencia reconoce que la nueva Ley de Extranjería –L.O. 4/2000, de 11 de enero- tampoco asimila en su artículo 17 la situación del conviviente de hecho estable con el cónyuge del residente, entre los parientes a los que el extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él y que su inclusión en el nuevo apartado e), relativo a "cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia a España por razones humanitarias", aún apareciendo como razonable, exige, cuando menos, un esfuerzo interpretativo. Por lo demás, y por no poderse plantear la cuestión por ser aplicable el derecho anterior, se limita a dejar la cuestión en el aire ("El rango legal de la disposición ahora considerada ofrece una nueva perspectiva para la consideración del problema"). Añadamos que este apartado e) ha desaparecido tras la nueva redacción dada a la Ley de Extranjería por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, y que el problema tampoco se resuelve en el artículo 41.1 del Reglamento, cuyo texto fue aprobado por el R.D. 864/2001, de 20 de julio.

20) **Sentencia de 27 de marzo de 2001 (327/2001).** De nuevo Sala de lo Civil. Reconoce la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto -como ya había mantenido el Supremo en las citadas Sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 20 de octubre de 1994-, considerando que el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc. Doctrina jurisprudencial que ha encontrado eco en las legislaciones autonómicas (y cita las leyes catalana, aragonesa y navarra), por lo que los tribunales, en situaciones de laguna legislativa como la presente, no deben contribuir a hacer más vulnerable el principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 C.E.

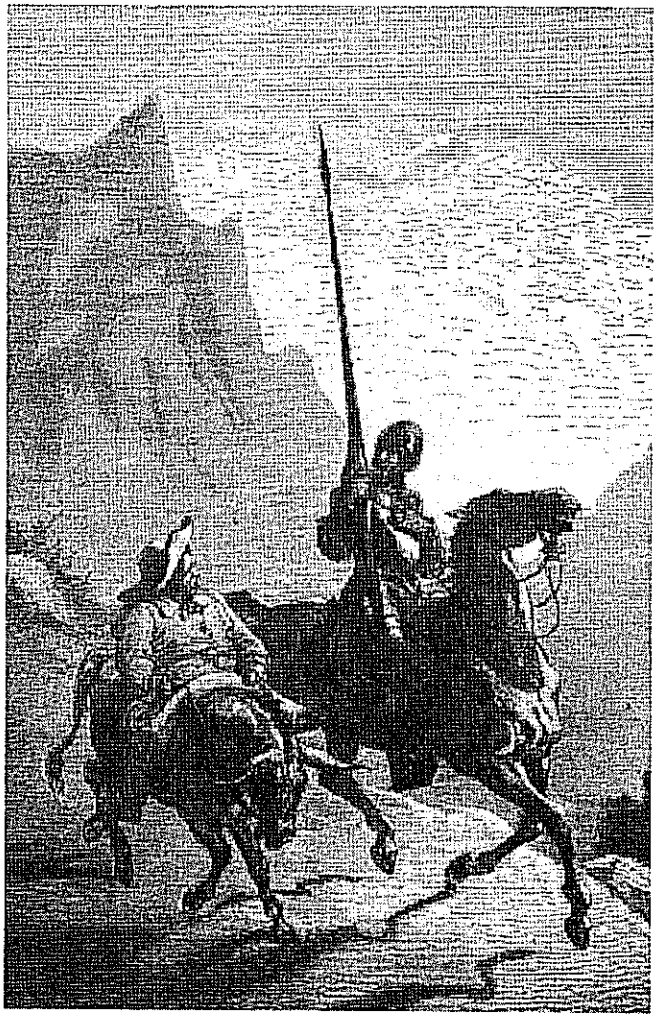
Se reitera, asimismo, la aplicación de la "analogía iuris" para colmar lagunas legales de acuerdo con el principio general consistente en la protección al conviviente perjudicado y conforme a la examinada Sentencia de 10 de marzo de 1998 en la que se reconoció el uso de la vivienda familiar, muebles y plaza de garaje. Uso que en este caso concreto por haberse vendido el domicilio familiar -a pesar de haber sido requerido el conviviente masculino por el Juzgado de Primera Instancia para que no efectuara actos de disposición sobre el mismo-, se sustituye por una condena al demandado a pagar una determinada cantidad que prudentemente se calcula en concepto de alquiler por el uso de dos años de una vivienda adecuada a sus necesidades y a las de los hijos que conviven con la recurrente.

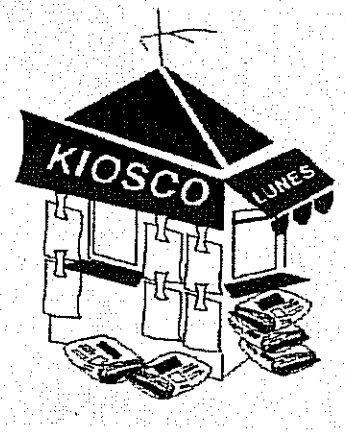
Y en llegado este momento hemos de poner punto final a esta charla. Me parece que ha quedado claro que en las Comunidades Autónomas donde no hay regulación específica sobre el tema, las uniones "more uxorio" son una realidad ajurídica no prohibida por el Derecho, pero tampoco regulada por éste, salvo algunos aspectos

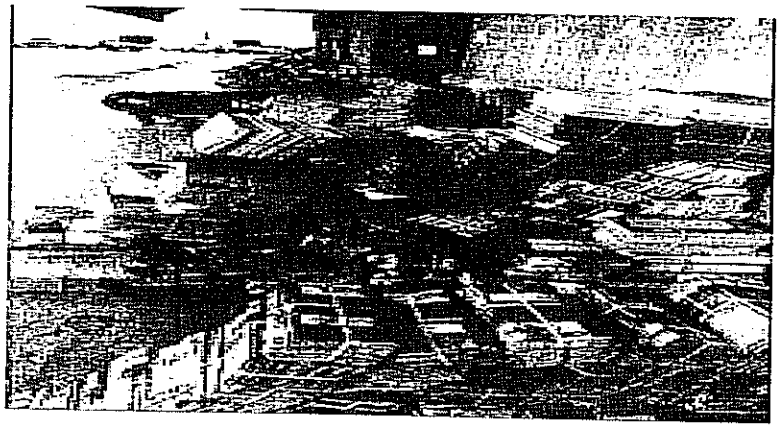
parciales que hemos enumerado. Esta situación de anomía se está resolviendo caso a caso por los Tribunales, a los que paradójicamente acuden para defender sus pretensiones los que, en principio, prescindieron del Derecho. A todos aquellos que usando de su libertad, deciden asumir este modo de convivencia debe recordárseles que más vale prevenir que curar. O dicho de otro modo: que deben pactar, pactar y pactar. No pensar sólo en el hoy, sino también en la mañana. Lo que ahora es o puede ser amor, puede convertirse en odio y en caso de ruptura, si no hay pactos previos relativos al destino de los bienes adquiridos durante, a pensiones, a indemnizaciones, al uso del domicilio familiar, cada uno tirará egoístamente para su lado y será el órgano jurisdiccional, quien guiado por la habilidad u obligado por la falta de ella del letrado de turno, deberá decidir según las pruebas aportadas, ya que nunca debemos olvidar que probar -así me lo enseñó el profesor GUASP en el viejo San Bernardo a finales de los 40- es convencer psicológicamente al juez de la verdad de lo que se afirma o se niega.

Gracias a todos por su presencia, asistencia y paciencia. Mil gracias y con ellas el más sincero y profundo reconocimiento de este que lo "és".

Eduardo/Martínez-Piñeiro... Caramés.







MANDATO Y PODER: estudio.

«Cuestiones de técnica notarial sobre la representación voluntaria».
De FERNANDO AGUSTÍN BONAGA. *Notario de Calatayud.*

I.- GENERALIDADES:

A) PODER Y MANDATO.

Es ésta una distinción ya clásica en nuestra doctrina, cuyo estudio profundo sobrepasa con mucho del objeto de este trabajo, que no es sino una mera recensión crítica de las normas vigentes en nuestro Derecho y de la doctrina de nuestra jurisprudencia sobre la representación voluntaria, con especial hincapié en los aspectos que más afectan a la técnica de la profesión notarial.

Baste por el momento afirmar, sin exceder del punto hasta el cual hay acuerdo entre autoridades como LABAND y FERRARI (citados por DÍEZ-PICAZO y LACRUZ):

– que el mandato constituye una relación interna y bilateral, creadora de obligaciones entre mandante y mandatario;

– que el poder es una legitimación formal externa (para que el poderdante quede vinculado con los terceros por lo que hizo el apoderado); y unilateral, pues lo otorga sólo el poderdante;

– que el poder habilita al representante para actuar, pero que no le obliga a hacerlo, salvo que exista un mandato del que nazcan obligaciones y derechos entre las partes;

– que puede haber mandato sin poder (cuando el mandato no se da para contratar con terceros, o cuando el mandatario actúa en nombre propio, como ocurre, por ejemplo, en la comisión mercantil); pero carecería de sentido el poder sin un mandato u otro negocio jurídico sustantivo del que trajese causa (arrendamiento de servicios, contrato de trabajo, sociedad...).

Esta distinción la asume el Tribunal Supremo en sentencias clásicas (como la de 16 febrero de 1935, en que se cita al propio LABAND) y en otras más recientes (de 11 de julio de 1991 y de 24 de febrero de 1995, entre otras).

La proximidad conceptual entre mandato y poder resulta útil para el jurista. Nuestro Derecho es parco en normas que regulen, expresamente, la representación voluntaria, pero más generoso en normas disciplinadoras del mandato, muchas de las cuales se refieren realmente a las relaciones con los terceros; es decir, al poder. La contigüidad entre mandato y poder permite explicar una aparente paradoja: si el apoderamiento lo otorga el poderdante de forma unilateral, ¿cómo explicar la posible y legítima pretensión del apoderado de renunciar a su representación? Lo cierto es que no renuncia a ésta, sino al mandato.

B) CUESTIONES DE CAPACIDAD.

Parece lógico exigir para apoderar la misma capacidad y legitimación que para celebrar directamente el acto o contrato para el cual se otorgó el poder. Una solución distinta dejaría la puerta abierta al fraude de ley, cuyos efectos proscribe el artículo 6-4 del Código civil.

Así lo pareció entender el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de septiembre de 1968, en la cual negó a un menor emancipado la capacidad para dar poder de venta de sus inmuebles, incluso consintiendo el padre la enajenación hecha por el representante.

LACRUZ critica esta solución jurisprudencial y distingue entre capacidad para el mero acto de apoderar y capacidad para realizar el acto o negocio objeto del poder. Para otorgar poderes basta con la capacidad negocial general, que se da incluso en el menor emancipado (según el artículo 1.263 del Código civil). Ahora bien, para realizar actos en uso de la representación se exige en el poderdante la capacidad, legitimación y ausencia de prohibiciones especialmente requeridas para el caso. Según esta tesis, un menor emancipado puede otorgar un poder para vender sus inmuebles en cuanto a la parte del negocio de compraventa que puede realizar por sí (es decir, sin perjuicio de la necesidad del complemento de capacidad paterno).

Para ser apoderado parece precisa sólo una capacidad de obrar general, pero no la especial exigida para el acto concreto; por eso, puede ser mandatario el menor emancipado a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.716 del Código.

C) LA FORMA DEL PODER.

Hay en el artículo 1.710 del Código civil un principio general de libertad formal a propósito del mandato. Además, es conocido que nuestro Ordenamiento sigue, en cuanto a las exigencias formales de los negocios, un principio espiritualista que encuentra formulación en el artículo 1.278 del Código civil.

Pero como contrapunto a esta inicial flexibilidad formal, el artículo 1.280-5° del Código civil preceptúa que *"deberán constar en documento público: (...) 5.° El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio, el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero"*.

Así, la inmensa mayoría de los apoderamientos autorizados en una notaría deberán constar en documento público, pues, o serán procesales, o de administración, o para actos cuya oponibilidad "erga omnes" se pretenderá conseguir mediante su inscripción en algún Registro público. Incluso hay poderes que deben inscribirse, obligatoriamente, en el Registro Mercantil, como veremos más adelante.

Y lo cierto es que la inscripción registral, ya se pretenda por mera conveniencia o en cumplimiento de una imposición legal, exige documentación pública (artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 5 del Reglamento del Registro Mercantil). La Dirección General de los Registros y del Notariado extiende la exigencia de forma documental pública *"a todos los elementos esenciales del concreto negocio realizado y especialmente, a las declaraciones de voluntad de los otorgantes"*, es decir, que la extiende al poder, en cuanto que del mismo resulta la voluntad del *"dominus negotii"*. Así lo declara la Resolución de 3 de marzo de 2000, a cuyos fundamentos de derecho corresponde el texto entrecomillado.

Esta Resolución declara no inscribibles los actos realizados en ejercicio de un poder en el que se previó que, a cada uno de estos actos, debería acompañarse una autorización concreta –en forma privada– del poderdante con firmas legitimadas notarialmente, en la que se especificasen los datos y condiciones esenciales de la operación. Son argumentos que avalan este criterio de la Dirección los siguientes: las normas sobre organización y funcionamiento de los registros públicos (y con ellas, la exigencia de forma documental pública) constituyen "ius cogens" y, por tanto, es materia sustraída a la autonomía de la voluntad; además, la razón de exigir cualquier forma pública es garantizar la autenticidad del documento suscrito y juzgar la capacidad y legitimación de sus autores, y

ninguna de estas cosas se conseguiría, en cuanto al documento privado complementario de poder cuestionado, con una mera legitimación de las firmas de sus otorgantes.

II.- PLURALIDAD DE PODERDANTES Y APODERADOS:

A) PLURALIDAD DE PODERDANTES.

Del artículo 1.731 del Código civil, a propósito del mandato, se sigue que, en caso de concurrir varios poderdantes al otorgamiento del poder, quedan todos ellos obligados, solidariamente, para con el apoderado.

Sentada esta prescripción básica en materia de responsabilidad interna, nos centramos en la cuestión del ejercicio de las facultades representativas por el apoderado. A falta de normas expresas y si no se dice otra cosa, habrá que pensar que, dado que cada poderdante pudo haber otorgado un apoderamiento separado, hay tantos poderes como otorgantes y que, por tanto, el apoderado puede representar a éstos conjunta o separadamente. Es decir, que si varios poderdantes confieren poder a un apoderado para, por ejemplo, comprar fincas, las que éste efectivamente compre las podrá adquirir para todos los representados, para algunos, o para uno solo, a su libre elección, sin más limitaciones que las generales (obligación de ejercer el mandato como un buen padre de familia, ex art. 1.719 C.c.; deber de buena fe y prohibición del abuso del derecho, ex art. 7 C. c.;) y las específicas que se le hubieren podido imponer al respecto.

Para otorgar actos en ejercicio de su representación, el apoderado deberá aportar, o bien una copia autorizada del poder, expedida a su propio nombre (lo cual –dice el artículo 227 del Reglamento notarial– sólo será posible si resultó facultado para pedir copias), o bien una copia del poder, expedida a nombre del poderdante a quien pretenda representar, salvo previsión expresa de la posibilidad de usar una copia cualquiera para representar a cualquier poderdante. Como no estamos ante un poder recíproco, no será exigible la actuación de consuno de todos los otorgantes impuesta por el artículo 227-3 del Reglamento notarial, para solicitar copias del poder. Por consiguiente, cualquier poderdante podrá obtenerlas.

B) PLURALIDAD DE APODERADOS.

Según el artículo 1.723 del Código civil, si hay varios apoderados, aunque hayan sido nombrados simultáneamente, su responsabilidad sólo es solidaria si así se ha expresado.

El poderdante deberá señalar la forma de actuación de los apoderados, determinando si es solidaria (es decir, pudiendo cualquiera de ellos ejercitar por separado las facultades representativas) o mancomunada (debiendo actuar conjuntamente una pluralidad de representantes). No hay en nuestro Derecho civil una presunción general a favor de la solidaridad.

C) PODER RECÍPROCO.

Cuando varias personas hayan concurrido al otorgamiento del poder instituyéndose apoderados entre sí recíprocamente, la regla contenida en el párrafo 4 del artículo 227 del Reglamento notarial establece que sólo se podrán expedir copias si lo piden todos de consuno, salvo que el propio documento u otro posterior habilite a alguno para solicitarlas.

La actuación de consuno se impone para la expedición de copias en general, pero no parece haber razón que impida a cada otorgante solicitar una copia parcial referida, exclusivamente, al apoderamiento por él conferido, en la vía del artículo 237 del Reglamento notarial.

También, en el caso del poder recíproco, quien actúe como apoderado deberá aportar, en todo caso, una copia del poder expedida a nombre del poderdante a quien pretenda representar, salvo previsión expresa de la posibilidad de usar una copia cualquiera para representar a cualquier poderdante o salvo que, habiendo sido el mismo apoderado facultado para pedir copias, actúe con una expedida a su propio nombre.

III.- FACULTADES QUE PUEDEN APODERARSE Y ÁMBITO DEL PODER:

Es un lugar común afirmar que el campo más apto para la representación es el Derecho patrimonial. Por eso, el Código civil admite, con carácter general, la representación en materia de contratos (artículo 1.259) y de adquisición de la posesión (artículo 439). Además, el Tribunal Supremo ha extendido el ámbito de la representación al acto jurídico de interrupción de la prescripción (por ejemplo, en sentencia de 27 de junio de 1969).

En cuanto a la aceptación de donaciones, el Código permite, so pena de nulidad, que sea realizada por *"persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante"* (artículo 630). No hay una norma paralela para la posición del donante, por ello resulta llamativa la doctrina de la vetusta

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de agosto de 1907, que permite donar mediante mandatario o apoderado especial, siempre que se trate de un apoderamiento para un acto singular y concreto.

En el ámbito del Derecho de familia el lugar preeminente lo ocupa la representación legal, atribuida a los padres y tutores. En los escasos supuestos en que se admite la representación voluntaria, el representante queda reducido a la figura de un *"nuntius"*, mero portador de la voluntad del representado que no contribuye a la formación de la voluntad negocial. Un ejemplo lo constituye el matrimonio por poder previsto en el artículo 55 del Código civil, que en los últimos años parece experimentar una cierta revitalización sociológica auspiciada por el fenómeno de la inmigración.

En el Derecho de sucesiones es un criterio dominante el de no admitir la representación en los actos de conformación de la voluntad del causante, por ser personalísimos. Así lo dispone el artículo 670 del Código civil respecto del testamento y los Derechos forales respecto de éste y de la sucesión paccionada (en cuanto a esta última: artículo 64 de la Ley aragonesa de sucesiones y ley 173-2 de la Compilación navarra). La excepción más llamativa es la prevista para el heredamiento o institución contractual de heredero, que puede otorgarse mediante poder especial, según el artículo 67-1 del Código de Sucesiones catalán.

Donde sí se admite la representación con carácter general y con las cautelas que deben inspirar situaciones como la del autocontrato, es en los actos y negocios relacionados con la herencia, una vez abierta la sucesión: aceptación, repudiación y partición, fundamentalmente.

Atendiendo a su contenido y según el artículo 1.712 del Código civil, el mandato puede ser general y especial. El especial comprende sólo uno o más negocios determinados. El general, todos los actos del mandante y en su autorización hay que extremar el celo a la hora de formular al compareciente las reservas y advertencias legales, haciéndole comprender que una representación de tal extensión puede resultarle potencialmente ruinosa, y que en la letra de los apoderamientos conferidos para realizar "cualesquiera actos y contratos válidamente admitidos en Derecho" (o similares enunciados omnicomprensivos tan al gusto de los formularios de poderes del siglo pasado) se dejan incluidos, también, negocios como las donaciones, el juego y la apuesta, recuerda ÁVILA NAVARRO.

El artículo 1.713 del Código dispone que el mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración. Para transigir,

enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso, entendiendo el Tribunal Supremo por tal, no el opuesto al tácito, sino el "mandato especial" para ese tipo de actos (Sentencia de 20 de noviembre de 1968, que remite a otra de 27 de diciembre de 1966).

Esta distinción es análoga a la que el artículo 25 de la Ley de enjuiciamiento civil establece entre poder para pleitos, general y especial, como veremos en su momento.

Siendo el poder el resultado de un acto unilateral del poderdante, el contenido y alcance de las facultades conferidas dependerá de la libre voluntad de su autor, que deberá ser objeto de interpretación por los medios previstos en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil.

Pero lo cierto es que el poder es observado con cierto recelo por el Derecho, pues permite al apoderado injerirse en la esfera jurídica del poderdante y comprometer su patrimonio. Por ello, cabe entender que las facultades conferidas mediante el poder deben ser objeto de una interpretación estricta. Este principio inspira la regla de que la facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros (artículo 1.713 del Código civil) y es tenido en cuenta por la Dirección General de los Registros y del Notariado al sentar que la autorización dada al apoderado para *"practicar operaciones de tipo registral"* no incluye la enajenación de inmuebles (Resolución de 6 de septiembre de 1968), y que la facultad de vender no incluye la de segregar (Resolución de 19 de junio de 1990).

Ahora bien, lo que tampoco parece admisible es una interpretación tan mezquina que desvirtúe y derogue la verdadera voluntad del poderdante, cognoscible en el texto *("in claris non fit interpretatio")* o en el contexto del poder o sus antecedentes. Por ello, mediante Resolución de 24 de octubre de 1986, entendió la Dirección que la atribución al apoderado de una sociedad, de *"todas las facultades del órgano de administración"* evidencia el carácter general del apoderamiento en el que, por tanto, queda incluida la constitución de una hipoteca inserta en el tráfico social (supuesto entonces debatido).

Desde el punto de vista de la técnica notarial, resulta recomendable delimitar el contorno exacto de las facultades que el poderdante quiere delegar, abarcando, exclusivamente, las necesarias y suficientes e introduciendo, en su caso, limitaciones a la eficacia de los poderes, tales como: referirlos a un ámbito espacial concreto o a una finca determinada; someterlos a un término resolutorio; librar copias para uso de un apoderado determinado o para un uso especial, como

puede ser el caso de servir a los solos efectos de conseguir la inscripción en un Registro.

IV.- PODERES IRREVOCABLES:

A) ADMISIBILIDAD.

El artículo 1.733 del Código civil sienta el principio general de que *"el mandante puede revocar el mandato a su voluntad y compeler al mandatario a la devolución del documento en el que conste el mandato"*.

Lo que ocurre es que, ya desde el Derecho romano, se vienen conociendo supuestos en los cuales el apoderado es un *"procurator in rem suam "*; es decir, un representante que actúa no sólo en interés del poderdante, sino también en el suyo propio. En nuestro Derecho hay algunos casos, como por ejemplo el del copropietario que representa a la comunidad, el del socio nombrado administrador en la sociedad civil (que ostenta un poder *"irrevocable sin causa legítima"*, como dice el artículo 1.692 C.c.), el del comisionista con exclusiva de venta, o el poder conferido por el deudor hipotecario a favor del acreedor para que le represente en la venta del bien hipotecado en el procedimiento ejecutivo extrajudicial (según el artículo 234-1 del Reglamento Hipotecario).

Como el Código civil admite en general, la renuncia de derechos (con los límites del artículo 6-2; es decir, que no se contraríe el interés ni el orden público, ni se perjudique a terceros), parece posible que el poderdante renuncie a su facultad de revocar el poder.

Pero esta renuncia no deja de ser una impostura que se compadece mal con el carácter voluntario y unilateral que tiene para el poderdante la representación voluntaria. Por ello, no se admite indiscriminadamente, sino que el Tribunal Supremo (en Sentencias como la de 31 de octubre de 1987, seguida por otras, como las de 11 de mayo de 1993 y 19 de noviembre de 1994) exige para la validez del pacto de irrevocabilidad, una justa causa, entendiendo por tal un negocio cuyo medio de ejecución sea el poder irrevocable, el cual subsistirá mientras subsista el negocio que lo motivó.

Así pues, la causa de la irrevocabilidad es un dato decisivo que debe hacerse constar en la escritura por la que se autoriza un poder irrevocable.

La jurisprudencia ha admitido el pacto de irrevocabilidad en todos los supuestos enunciados anteriormente a título de ejemplo. Por el contrario, también

la práctica presenta casos en los que se pretende la autorización de un poder irrevocable, pero en los cuáles la intervención notarial debe ser denegada. Así, no parece admisible como causa de irrevocabilidad la intención de encubrir una transmisión de dominio, mediante la concesión de un poder de venta (irrevocable) por el anterior dueño de una finca, que aún aparece como titular registral, a favor de quien se la compró a él en forma privada, para que ahora el apoderado la venda directa y aparentemente en nombre del poderdante, a un nuevo comprador, ahorrándose la titulación, tributación e inscripción de la transmisión intermedia. Este apoderamiento sería civilmente ineficaz por tener causa ilícita (de no entender llanamente que carece de ella) y sus consecuencias fiscales para todos los actuantes serían tan imprevisibles como peligrosas, pues cabe considerar que: sobre el poderdante se acumularían dos plusvalías municipales (la suya y la de la venta intermedia), además, la posible falta de control sobre el precio de la segunda venta podría determinarle un incremento de patrimonio, imputable a su renta personal, superior al deseado; el beneficio obtenido por el propio apoderado revendedor, determinado por la diferencia de precios entre la primera y la segunda venta, sería para él dinero fiscalmente injustificable; y qué decir del último comprador, pues la finca que adquirió respondería en caso de que una inspección fiscal pusiese de manifiesto la elusión del impuesto devengado por la transmisión intermedia.

En Derecho positivo, recoge el criterio jurisprudencial la ley 52 del Fuero Nuevo de Navarra, que admite el poder irrevocable *"en razón de un interés legítimo del apoderado o de que entre éste y el poderdante exista una relación contractual que justifique la irrevocabilidad"*.

También hay casos en los que la misma ley prohíbe el pacto de irrevocabilidad. Un ejemplo lo aporta el artículo 1 apartado b) del Real Decreto 2.028/1995, de 22 de diciembre, sobre condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas. Entre los requisitos que deben reunir tales cooperativas y para el supuesto de que éstas otorguen poderes o mandatos de representación para el desarrollo de la gestión de la promoción, está la prohibición de cláusulas de irrevocabilidad del mandato o poder.

B) LA REVOCACIÓN DEL PODER IRREVOCABLE.

¿Puede el poderdante revocar un poder irrevocable? La D.G.R.N. no parece tener un criterio estable, puesto que en Resolución de 25 de enero de 1978 declara lícita tal revocación; pero la de 29 de octubre de 1987 establece que, una

vez inscrito en el Registro Mercantil un poder como irrevocable, la presunción de validez de sus asientos (que están bajo la salvaguarda de los tribunales) determina que no se pueda inscribir la revocación unilateral.

Según DÍEZ-PICAZO el pacto de irrevocabilidad tiene eficacia meramente obligacional: en caso de incumplimiento del pacto de irrevocabilidad (es decir, si el poderdante revoca), la revocación será válida, si bien el poderdante tendrá obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de su obligación.

En la práctica notarial, ante el requerimiento para la autorización de una escritura de revocación de un poder que se otorgó como irrevocable, la conducta más prudente es autorizarla, notificándola al apoderado, y dejar que sea el Juez quien decida posteriormente sobre su validez.

V.- LA AUTOCONTRATACIÓN EN LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA:

A) SUPUESTOS.

Resulta conocido que la autocontratación es la situación que se produce cuando el titular de un patrimonio que además es representante de otro (o el representante de dos patrimonios ajenos y distintos), establece una relación jurídica entre ambos.

Frente a ordenamientos como el alemán o el portugués, que prohíben, expresamente, el autocontrato, el Derecho español da normas que tienden a prevenir sus efectos cuando exista el peligro de que se origine un conflicto u oposición de intereses.

Muchas de estas normas preventivas corresponden al ámbito de la representación legal; otras, al de la representación voluntaria. Me limitaré a mencionarlas:

– Según los artículos 162 y 163 del Código civil, los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de los hijos menores no emancipados, excepto en aquellos actos en que exista conflicto de intereses entre los dos padres y el hijo; en tales casos se debe nombrar un defensor judicial.

– El artículo 5 de la Compilación aragonesa establece que el menor de edad, mayor de 14 años, puede celebrar por sí toda clase de actos o contratos, con asis-

tencia de uno cualquiera de sus padres; pero si tiene oposición de intereses con ambos, le asistirá la Junta de Parientes.

Tanto en el régimen del Código civil como en el de la Compilación aragonesa, si el conflicto de intereses es sólo con un padre, la representación o la asistencia la presta sólo el otro.

– El artículo 221-2 del Código civil prohíbe al tutor representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

Para este caso, se prevé también el nombramiento de defensor judicial (artículo 299 C.c.).

– Previendo un más que posible conflicto de intereses, aunque sin mencionarlo, el artículo 10 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece la necesidad de acuerdo de la Junta en cada caso, para que la sociedad realice préstamos, créditos, garantías y anticipos de fondos, a favor de socios o administradores.

– En sede de compraventa, el artículo 1.459 del Código civil prohíbe adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona alguna intermedia: a los que desempeñen algún cargo tutelar, los bienes de la persona o personas que estén bajo su guarda o protección; a los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados; a los albaceas, los bienes confiados a su cargo; y a los funcionarios y autoridades administrativos o judiciales (con extensión a abogados y procuradores), los bienes sometidos a su administración o jurisdicción.

– En el ámbito mercantil, el artículo 267-1 del Código de comercio prohíbe al comisionista comprar para sí o para otro lo que se le haya mandado vender, y vender lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente.

B) CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL.

Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo el dato esencial y primario que motiva la prohibición de un autocontrato es el de la existencia de conflicto de intereses, concepto que resulta satisfactoriamente perfilado en Sentencias paradigmáticas, como las de 24 de septiembre de 1994 y 12 de febrero de 1999. En

el fundamento jurídico noveno de la resolución citada en último lugar se afirma que: *"para considerar jurídicamente ineficaz la autocontratación denunciada, es necesario que se dé conflicto y contradicción de intereses, que hagan incompatibles la actuación de una persona que obra para sí misma y, a la vez, en la representación de otra (física o jurídica), con lo que al contrato llevado a cabo se le desprovee de causa lícita (Sentencias de 30-1 y 29-10-1991, 24-9-1994 y 15-3-1996), entrando así en el campo del abuso el derecho, que siempre lleva consigo intención de dañar y perjudicar".*

Así pues, será admisible el autocontrato que no produzca conflicto de intereses, pero además, en su jurisprudencia más reciente, el Tribunal Supremo ha ido añadiendo un segundo elemento: también es admisible el autocontrato que, aun siendo conflictivo, haya sido previsto y consentido por la parte a quien eventualmente pudiere perjudicar. Esta es la solución dada a los supuestos enjuiciados por Sentencias como las de 29 de mayo de 2001 (sobre autocontrato salvado por la Junta de la sociedad vendedora, cuyos acuerdos se acreditan mediante certificación expedida por aquél en quien concurrían las condiciones de administrador y comprador) y 29 de noviembre de 2001 (sobre autocontrato expresamente consentido en un poder que otorgaron dos ex cónyuges).

Por lo tanto, el Tribunal Supremo parece haber acabado por hacer suyo el criterio que la Dirección General de los Registros y del Notariado venía manteniendo con Resoluciones como la ya clásica de 1 de febrero de 1980, a partir de la cual quedó sentado, como requisito necesario y suficiente de admisión del autocontrato, que, alternativamente, o no se genere conflicto de intereses con peligro de lesión para una de las partes, o que, aun habiéndolo, el propio poderdante la autorice.

En Resoluciones posteriores, la Dirección, con evidente preocupación por atender apropiadamente a los intereses del representado (eventual perjudicado por la autocontratación), ha profundizado y perfilado su doctrina en cuanto al contenido mínimo, condiciones de admisibilidad y eficacia del consentimiento sanador del autocontrato conflictivo:

– En la Resolución de 29 de abril de 1993 rechaza la inscripción de una adquisición hecha por un apoderado para comprar (con facultades que incluyen genéricamente el autocontrato incluso con oposición de intereses), porque –dice la Dirección– el poder para vender sólo sirve para enajenar mediante el contrato oneroso que tenga por causa la verdadera compraventa; y no se puede calificar así el contrato del supuesto resuelto, en el que el precio de la parte más impor-

tante de los bienes lo fijó el mismo apoderado y comprador con cantidad trece veces inferior al valor fiscal comprobado.

Y es que, según cree SIMÓ, si el mandatario pretende adquirir para sí los bienes del mandante, no bastaría para sortear la expresa prohibición del artículo 1.459-2 del Código civil, con salvar genéricamente la autocontratación en el poder para vender, sino que haría falta concretar las posibilidades de actuación del mandatario, en cuanto a precio, plazos, garantías y demás condiciones de venta, hasta convertirlo en un simple *"nuntius"*.

– La Resolución de 14 de mayo de 1998 confirma y desarrolla la doctrina anterior, al declarar admisible la autocontratación cuando el potencial perjudicado autoriza a su representante para autocontratar o cuando le concreta su posición en el negocio mediante la determinación de aquéllos de sus elementos en los que pudiera darse el conflicto de intereses. Además, apunta la Dirección que la posibilidad de conflicto de intereses, evidente en los contratos onerosos y recíprocos, también existe en los contratos de tipo asociativo.

El caso concreto resuelto es el de constitución de una sociedad en la que uno de los fundadores es además apoderado de otro, en virtud de un poder especial en el que se fijan también el capital de la futura sociedad, las participaciones en que habrá de estar dividido, las que habrá de asumir el representado, cuál habrá de ser el capital desembolsado y el medio de realizar el desembolso. Entiende la Resolución que en este supuesto se da la figura del autocontrato, pero que los elementos esenciales del negocio representativo están nítidamente determinados por el representado, para el cual en modo alguno existe riesgo, ya que, aun cuando el negocio otorgado tiene otros contenidos de carácter organizativo (tales como otorgar estatutos o nombrar administradores), éstos no tienen el carácter de pacto contractual irrevocable, sino que quedan supeditados a la voluntad social a través de los acuerdos de la Junta general.

C) SANCIÓN DE LA AUTOCONTRATACIÓN PROHIBIDA.

Cree DÍEZ-PICAZO que, si se celebra un autocontrato prohibido, la sanción prevista por el Ordenamiento dependerá de la naturaleza del bien jurídico que subyace a la prohibición. Cabrá la ratificación que sane el vicio, si la prohibición se basa en intereses meramente privados (que es lo que ocurre, por ejemplo, en las prohibiciones a mandatarios y albaceas, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2001). Por el contrario, se producirá la nulidad radical sin posibilidad de ratificación, si la prohibición obedece a un interés públi-

co (casos de intervención de defensor judicial, y prohibiciones a funcionarios y autoridades).

VI.- LA SUSTITUCIÓN DEL PODER Y EL SUBAPODERAMIENTO.

Vamos a hablar ahora de actos cuya virtualidad es la de comunicar todas o algunas de las facultades conferidas en el poder, a un tercero, que así adquiere la condición de representante del poderdante inicial. Las normas vigentes hablan de "sustitución" (Código civil) y "delegación" (Código de comercio); la jurisprudencia y la doctrina añaden otros términos: "sub apoderamiento" (o "segundo poder") y "transmisión" del poder.

Comenzando por el Derecho positivo, hay que distinguir el régimen de estas figuras para la representación civil y para la mercantil, que nuestro Derecho configura al regular las instituciones materiales que respectivamente les sirven de soporte: el mandato y la comisión.

Para la representación civil, dispone el artículo 1.721 del Código civil que *"el mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido; pero responde de la gestión del sustituto: 1.° Cuando no se le dio facultad para nombrarlo. 2.° Cuando se le dio esa facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente. Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo"*. En realidad, será más bien ineficaz, pues, como veremos, cabe la ratificación.

En la representación mercantil la regla es más restrictiva, pues el artículo 261 del Código de comercio impone la solución opuesta: *"el comisionista desempeñará por si los encargos que reciba, y no podrá **delegarlos** sin previo consentimiento del comitente..."*. Añade el artículo siguiente que *"si el comisionista hubiere hecho **delegación o sustitución** con autorización del comitente, responderá de las gestiones del sustituto, si quedare a su elección la persona en quien había de delegar, y, en caso contrario, cesará su responsabilidad."*

También pueden existir supuestos en que la misma ley prohíba estas prácticas. Así el ya citado artículo 1 apartado b) del Real Decreto 2.028/1995, de 22 de diciembre, sobre condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas, entre los requisitos que deben reunir tales cooperativas y para el supuesto de que éstas otorguen poderes o mandatos de representación para el desarrollo de la gestión de la promoción, exige que conste, expresamente, en el contrato la prohibición de que el mandatario nombre sustituto.

La regulación positiva se ocupa pues, de dos cuestiones esenciales: en qué supuestos el apoderado tiene la facultad de comunicar o extender a terceros el poder y, en íntima conexión con lo anterior, en qué medida responde frente al representado de la actuación del nuevo representante.

Pero queda pendiente la resolución de, al menos, otras dos cuestiones básicas: si el primer apoderado que comunica el poder a un tercero pierde para lo sucesivo la representación del poderdante; y si la revocación del primitivo poder trae o no consigo la extinción de los sucesivos actos de comunicación del mismo.

Sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (desde la ya clásica Sentencia de 14 de diciembre de 1943), se distinguen dos figuras:

1) Hay un primer negocio que la Sentencia de 9 de mayo de 1958 llama "sustitución en sentido propio" o "transferencia" del mandato, y que las Sentencias de 2 de marzo de 1992 y de 22 de abril de 1994 denominan "transmisión".

Reproduciendo términos literales de la Sentencia últimamente citada (en esencia igual a la anterior) este negocio consiste en que *"el mandatario... traslada a otro las facultades de las que fue investido, con el efecto de quedar desligado del mandato, y puesto en su lugar el sustituto, ... único que desde entonces tiene el carácter de mandatario con relación al poderdante... (...) ...la transmisión del mandato opera en toda su extensión y efectividad, respondiendo en adelante... tan sólo el sustituto frente al mandante que autorizó su participación y no el sustituyente..".*

Así, podemos responder a las dos cuestiones básicas antes planteadas afirmando que, en esta sustitución en sentido estricto:

– El apoderado sustituyente se desvincula de la relación representativa, perdiendo en lo sucesivo la representación del poderdante (lo confirman Sentencias de abolengo como las de 16 de diciembre de 1897 y 25 de junio de 1920).

Este efecto parece más ajustado al recto sentido de la palabra "sustitución", que designa la acción de subrogar o poner a una persona en el lugar de otra, reemplazándola y, por lo tanto, desplazándola, tal y como ocurre en el otro género de sustitución expresamente disciplinado por nuestro Derecho civil: el de las sustituciones hereditarias (en las cuales, o posee los bienes el primeramente instituido, o el sustituto, pero nunca ambos a la vez).

No obstante, AVILA NAVARRO entiende posible que la voluntad privada establezca el efecto opuesto; es decir, el de la subsistencia de la representación atribuida inicialmente al sustituyente.

– La revocación del primitivo poder trae consigo la extinción de las ulteriores sustituciones, porque el poder es uno y emana del poderdante inicial.

2) Existe otra figura próxima pero de consecuencias potencialmente más peligrosas para el poderdante, que la Sentencia de 9 de mayo de 1958 llama "delegación" o "subapoderamiento", y que las Sentencias de 2 de marzo de 1992 y de 22 de abril de 1994, denominan "delegación" o (?) "sustitución".

Para la Sentencia últimamente citada, consiste en que *"el mandatario hace intervenir a un tercero en el negocio objeto del mandato, bien mediante un poder que le otorga en nombre propio, o simplemente traspasándole el encargo recibido, pero sin desligarse en ninguno de ambos supuestos"*.

Por lo tanto, esta delegación o subapoderamiento no es otra cosa que un segundo (o ulterior) poder conferido por el apoderado inicial, mediante el cual delega en otro todas o algunas de las facultades que le fueron conferidas:

– Quien subapodera en otro sus facultades, continúa como apoderado, por la misma razón que el primer poderdante no pierde sus facultades dominicales por el hecho de haber otorgado el poder, o que el consejo de administración conserva sus competencias pese a haber delegado sus facultades.

– Es un acto más de ejercicio del poder y como tal, es válido y subsiste aunque con posterioridad el primer poder sea revocado o pierda su eficacia, por la misma razón que el cese del administrador de una sociedad no supone de por sí la extinción de los poderes otorgados por él (y no me atrevo a ir más lejos en las analogías desde que un compareciente –creo que bienintencionado– me preguntó si continuaba vigente, una vez cumplidos por el representado los 18 años, el poder otorgado por unos padres como representantes legales de su hijo entonces menor de edad).

Por último, cabe formular algunas consideraciones de estricta técnica notarial, comunes a las figuras analizadas en los dos números anteriores:

– Estamos en todo caso ante modificaciones del poder inicial, que deben dar lugar a las notas o comunicaciones entre protocolos previstas en el artículo 178 del Reglamento notarial.

– Es aconsejable notificarlas además al poderdante, ya que el sustituto y el subapoderado no son representantes, ni del sustituido ni del subpoderdante, sino del poderdante inicial.

– Utilizando indistintamente términos como "subapoderamiento" y "sustituto", la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 10 de febrero de 1995, da una solución al problema de si en las escrituras otorgadas por el sustituto en ejercicio del poder, deberá exhibirse al Notario (y éste reflejar en la comparecencia) sólo la escritura de sustitución, o si también deberá acreditar la subsistencia del apoderamiento inicial. La prudencia parecería aconsejar la justificación de ambos extremos, pero la Dirección llega a la solución de que basta con exhibir al Notario la escritura de sustitución, sin que para ello sea óbice pensar que el poderdante quede desprotegido por su desconocimiento de una eventual cadena de sustitutos, ya que, por un lado, el apoderado tiene la obligación –y el representado el derecho a exigírselo– de comunicarle las incidencias de su gestión; y, por otro lado, el poderdante siempre tiene la facultad de prohibir las sustituciones al otorgar el poder inicial.

VII.- LA RATIFICACIÓN

La voluntad del poderdante tiene dos vías para incorporarse al negocio jurídico celebrado en uso del poder: el apoderamiento previo y la ratificación "a posteriori". Nos centramos en la segunda.

A) CASOS EN QUE PROCEDE.

En nuestra legislación, se pueden establecer dos grupos de supuestos:

1°. Casos de inexistencia o insuficiencia de la representación alegada: por no haber sido concedida; no ser válida (por ejemplo, si está viciada por un autocontrato prohibido); hallarse extinguida (sin perjuicio de los derechos de terceros según los artículos 1.734 y 1.738 del Código civil); o haberse extralimitado el apoderado.

Sienta el artículo 1.259 del Código civil la regla de que *"ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal.- El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante"*.

En realidad no cabe atribuir al negocio la condición de nulo en sentido estricto, sino de incompleto, puesto que puede ser subsanado mediante la ratificación.

2°.- Casos en los que, por extravío del documento o por cualquier otro motivo, no se puede presentar y acreditar ante el notario la representación; también el caso de que se haya conferido un poder sin los requisitos de forma exigidos legalmente.

Para estos casos está prevista la norma del artículo 164, párrafo 2.°, del Reglamento Notarial. El principio general no debe nunca olvidarse: la representación voluntaria *"habrá de justificarse siempre en el mismo acto del otorgamiento"*. Pero el mismo precepto sienta la base legal para la existencia de una figura tan socorrida como la del mal llamado *"mandato verbal"*, que ni es mandato (es poder) ni es verbal (pues se invoca y se sana en escritura). Admite, también, el citado artículo que la representación voluntaria conste *"con la conformidad de los. demás otorgantes, en un momento posterior... En este caso, el Notario hará la oportuna advertencia a las partes, que se consignará, expresamente, en el instrumento."*

B) REQUISITOS.

Los requisitos de la ratificación o adhesión, según el artículo 176 del Reglamento Notarial, son:

1°. Que en la escritura no aparezca nota que las revoque o desvirtúe.

2.° Que la ley no exija, expresamente, el requisito de la unidad de acto.

3.° Forma reglamentaria. Puede tener lugar: por diligencia, pero sólo dentro de los 60 días naturales siguientes al otorgamiento de la escritura ratificada; o por escritura separada, que será la única forma posible fuera del anterior plazo (y con las comunicaciones entre protocolos que establece el artículo 178).

C) EFICACIA.

Tiene declarado el Tribunal Supremo que la ratificación posterior retrotrae sus efectos a la fecha del contrato (Sentencias de 7 de abril de 1989 y de 31 de mayo de 1994.); pero que no afectará a los terceros que, durante la pendencia del contrato dispositivo, adquirieron del primer dueño algún derecho incompati-

ble con la nueva propiedad (Sentencias de 12 de diciembre de 1989 y de 25 de febrero de 1994).

VIII.- PODERES PARA PLEITOS.

Para nuestra Ley de enjuiciamiento civil, la representación procesal (que no siempre es preceptiva) debe realizarse mediante procurador legalmente habilitado para actuar en el Tribunal que conozca del juicio (artículo 23).- No cabe pues, el intrusismo profesional en esta materia. Y si el poder procesal se confiere en favor de abogados, será sólo eficaz en la medida en que el estatuto de estos profesionales les permita ejercitar las facultades incluidas en el poder.

Concretando las formas que puede adoptar el poder en que la parte otorgue su representación al procurador, el artículo 24-1 dispone que habrá de estar autorizado por Notario o ser conferido por comparecencia ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer del asunto.

Para el artículo 25 de la Ley de Enjuiciamiento civil, hay dos clases de poder procesal: general y especial.

a) El poder general facultará al procurador para realizar válidamente, en nombre de su poderdante, todos los actos procesales comprendidos, de ordinario, en la tramitación de los pleitos. Es decir, los actos comprendidos en la ley que regula los procesos civiles y que no requieren poder especial.

Por lo tanto, no hace falta, obligatoriamente, proceder a una enumeración exhaustiva de tales actos; tampoco hay que especificar la inclusión de la facultad de interponer recursos, pues el poder faculta para actuar hasta la ejecución de la sentencia (artículo 28 L.E.C.).

El poderdante podrá, no obstante, excluir del poder general asuntos y actuaciones para las que la ley no exija apoderamiento especial. La exclusión habrá de ser consignada expresa e inequívocamente.

b) El poder especial será necesario:

– Para la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto.

– Para ejercitar las facultades que el poderdante hubiera excluido del poder general, conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

– En todos los demás casos en que así lo exijan las leyes. Destaco dos ejemplos: no se pueden conceder en general facultades para recusar jueces y magistrados, sino que debe otorgarse *"poder especial para la recusación de que se trate"* (artículo 107 L.E.C.); también, debe ser especial el poder para formular la querella (así, en singular, lo establece el artículo 277 Lecrim.).

No podrán realizarse mediante procurador los actos que, conforme a la ley, deban efectuarse, personalmente, por los litigantes. Este era el caso de la antigua prueba de confesión (según la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1969) y es el de la actual declaración de las partes en respuesta a interrogatorio (artículos 25-3, 301 y 308 de la L.E.C.). En la misma línea, por las personas jurídicas declara la persona física que intervino en los hechos controvertidos –que puede o no ser su representante en sentido técnico– (artículo 309 de la L.E.C.).

Para otorgar poder a pleitos se debe exigir la misma capacidad que para comparecer en juicio, que, según el artículo 7 de la Ley procesal, consiste en estar en el pleno ejercicio de los derechos civiles. Algunas reglas especiales se derivan de este artículo:

– Las personas físicas que no estén en este pleno ejercicio, habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.

– Por las personas jurídicas, darán el poder quienes legalmente las representen.

– Por las masas patrimoniales o patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración: quienes, conforme a la ley, las administren.

– Por las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte: las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades.

La supletoriedad del Derecho civil hace que las normas del mandato sean aplicables en cuanto a la facultad del procurador de nombrar sustituto (artículo

1.721 C.c. en relación con el artículo 27 L.E.C.). Por lo tanto, si se quiere excluir esta facultad, deberá hacerse expresamente.

IX.- PODERES OTORGADOS POR SOCIEDADES.

A) COMPETENCIA PARA OTORGARLOS.

El órgano de administración ostenta una representación orgánica, que comprende todos los actos comprendidos en el objeto social. Los poderes de la sociedad han de ser otorgados y revocados por el órgano competente, que es el de administración (Resolución de la D.G.R.N. de 21 de noviembre de 1985), salvo que se confieran más facultades de las que él mismo tiene (en este caso, habrá que recabar autorización de la Junta).

Estos poderes tendrán vigencia indefinida y subsistirán independientemente de la vigencia del cargo del otorgante.

Es un problema frecuente en la práctica el del otorgamiento de poderes por los administradores antes de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. A cerca de tal cuestión, son capitales dos Resoluciones de la Dirección General:

– La de 20 de octubre de 1992, que se inspira en el régimen general de los actos previos a la inscripción (artículo 15 L.S.A., aplicable también a las limitadas por remisión del artículo 11 L.S.L.), resuelve que, para la inscripción del poder, hace falta la aprobación de la sociedad una vez inscrita. Tal vez esta solución pueda parecer excesiva, pues la aprobación normalmente corresponderá a la misma persona (el administrador) que ya otorgó el poder.

– El modo de evitar los anteriores inconvenientes y conseguir que el poder sea automáticamente inscribible –una vez inscrita la sociedad–, es que en la propia escritura de constitución se faculte al órgano de administración para ejercitar las facultades que le confieren los estatutos y las leyes en la fase anterior a la inscripción. Esta solución fue admitida en la Resolución de 25 de agosto de 1993.

B) INSCRIBIBILIDAD.

Los artículos 87-2 y 94-5 del Reglamento del Registro Mercantil disponen que, en la hoja abierta a cada empresario individual o sociedad, respectivamente,

se deberán inscribir los poderes generales y las delegaciones de facultades, así como su revocación, modificación y sustitución; y que no será obligatoria la inscripción de los poderes generales para pleitos, o de los concedidos para la realización de actos concretos.

El concepto de poder general que maneja el Reglamento parece más amplio que el del artículo 1.712 del Código civil, puesto que incluye no sólo los poderes que comprenden todos los actos del mandante, sino además todos los no concedidos para la realización de actos concretos.

Está claro que un poder que comprenda todos los actos del poderdante es general; y que un poder para vender la finca registral número 1.234 del Registro de la Propiedad de Segorbe es un poder especial. Pero, ¿y el poder para vender cualesquiera bienes del poderdante sitos en la citada localidad? ¿o el poder para transmitir cualesquiera bienes del poderdante, exclusivamente, por título de compraventa? No comprenden, ni mucho menos, todos los actos del mandante, pero el Reglamento del Registro Mercantil los considera generales a efectos de exigir su inscripción, porque no se refieren a actos concretos, sino a una pluralidad indeterminada de actos (aunque determinable por su filiación con una modalidad negocial típica, por su ámbito espacial, o por otros posibles criterios).

Parece que la nota esencial para caracterizar un poder como de inscripción obligatoria es su aptitud para perdurar en el tiempo con independencia de su utilización, por no haber sido concretados uno o varios actos cuya realización agote la representación conferida.

Por otro lado, dispone el artículo 11-3 del Reglamento que para inscribir actos otorgados por apoderados o administradores será necesaria la previa inscripción de éstos.

Pues bien, no siempre en la realidad los acontecimientos se suceden con la cadencia ordenada que sugiere el principio registral de tracto sucesivo. No es infrecuente que comparezca en la notaría el apoderado de una sociedad, antes de la inscripción del poder en cuya virtud pretende actuar.

Hay dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (de 17 de diciembre de 1997 y de 23 de febrero de 2001) que contemplan el caso de actos otorgados por administrador con cargo aún no inscrito, cuya solución –ciertamente ambigua– quizás pueda extrapolarse al apoderado.

La doctrina de estas Resoluciones se resume en que la inscripción del cargo es obligatoria, pero no es constitutiva; es decir, no afecta a la validez del acto, dado que, según los artículos 125 de la Ley de Sociedades Anónimas y 58-4 de la Ley de Sociedades Limitadas, el nombramiento de administrador surte efecto desde su aceptación. Por lo tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir queda fuera del ámbito de calificación del Registrador de la propiedad. Lo que ocurre es que el contenido de los asientos del Registro Mercantil anteriores a la inscripción del nuevo administrador o apoderado, se presume exacto y válido (artículo 7 R.R.M.). Habrá que destruir esa presunción acreditando al Registrador de la propiedad la realidad, validez y vigencia del nombramiento.

Sólo será posible destruir tal presunción cuando la situación registral anterior no fuera incompatible con el nuevo nombramiento, lo cual, en el caso de los administradores, parece que sólo se dará si la situación anterior al nuevo nombramiento era de cargo de administrador vacante o caducado, o si se trata de administradores solidarios compatibles con el nuevo nombramiento.

Respecto de los poderes, la sociedad puede otorgar todos los que tenga por conveniente, sin que uno excluya a otro. Por ello, no parece que haya incompatibilidad entre el otorgamiento de un poder y la situación registral anterior, que será de ausencia de apoderado en el Registro, o de apoderado general inscrito. Sólo son incompatibles los poderes para un mismo acto, pues el otorgamiento del segundo determina la revocación tácita del primero (ex artículo 1.735 C.c.). Pero esta causa de revocación quedará siempre ajena al Registro Mercantil, pues los poderes especiales para actos concretos no son objeto de inscripción obligatoria.

X.- EFICACIA DE LOS PODERES DEL Y PARA EL EXTRANJERO.

A) EFICACIA EN ESPAÑA DE LOS PODERES OTORGADOS EN EL EXTRANJERO:

No cabe duda de que producen efecto inmediato los poderes autorizados por Cónsules o funcionarios diplomáticos españoles en el extranjero, siempre que reúnan todos los requisitos exigidos por el Derecho español para los documentos autorizados en España por funcionarios internos. Y ello sin necesidad de legalización, pues tales poderes *"harán fe en todo el territorio español"*, según el artículo 17 del Anexo III del Reglamento Notarial.

Respecto de la eficacia en España de los poderes autorizados por funcionario extranjero, el requisito general es que deben tener *"fuerza en España con arreglo a las leyes"* (artículo 4 de la Ley Hipotecaria).

Con más concreción, el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el 323 de la Ley de Enjuiciamiento civil, exige:

1.º: Que reúnan los requisitos exigidos por las normas de Derecho internacional privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

Al respecto, precisar que si la legalización la realizan los Cónsules y Diplomáticos españoles en el extranjero, también *"harán fe en todo el territorio español"* (artículo 17 del Anexo III R.N.). El de la apostilla es un sistema aún más simplificado que consiste en el reconocimiento de firmas por parte de las autoridades superiores jerárquicas o corporativas de los funcionarios firmantes, atestiguando la veracidad de la firma, el carácter con que se actúa y la identidad de su sello. Este régimen de apostilla sólo es aplicable respecto de países suscriptores de la norma internacional que lo establece: el Convenio I de La Haya de 5 de octubre de 1961, ratificado por España el 2 de octubre de 1978.

2.º: Que se acredite que se han observado las normas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto; mediante, entre otros medios, aseveración o informe de: Notario o Cónsul español; o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable.

Se plantea la cuestión de dilucidar si les es exigible a estos poderes otorgados en el extranjero la forma documental pública prescrita en el artículo 1.280-5.º del Código civil.

La respuesta es afirmativa, pero permitiendo la forma pública equivalente prevista por la legislación extranjera. Así lo reconoce la Resolución de la D.G.R.N. de 11 de junio de 1999, que admite la inscripción de una compraventa de inmueble, en virtud de poder otorgado en documento privado con firma legitimada por notario extranjero. En este caso, se trataba de un documento procedente de un Estado –Alemania– con un régimen notarial de corte latino, próximo al nuestro.

Argumenta la Dirección que la legislación española exige para este caso que el poder conste en "documento público". Qué son documentos públicos españoles lo dice el artículo 1.216 del Código civil *("los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley").* Para saber qué son documentos públicos extranjeros, resulta necesario recordar

que la calificación debe hacerse según la ley española (artículo 12-1 del Código civil).

Dice la Resolución que, para la ley española, un documento, será público cuando: *"a) haya sido autorizado por un Notario o empleado público competente (artículo 1.216 del Código civil), es decir, que el funcionario autorizante sea el titular de la función pública de dar fe, bien en la esfera judicial, bien la esfera extrajudicial; b) que se hayan observado las solemnidades requeridas por la Ley (artículo 1.216 del Código civil)... las cuales, cuando se trata de documentar públicamente un acto extrajudicial, son sustancialmente, la necesidad de la identificación suficiente del otorgante del acto o contrato (**fe de conocimiento** o juicio de identidad) y la apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante (**juicio de capacidad**); si bien en cuanto a este último requisito ha de precisarse que la no constancia documental del juicio de capacidad no implica que éste no haya existido pues debe considerarse implícito en la autorización del documento...".*

Por lo tanto, afirma la Dirección que el poder presentado no era, como pretendía la Registradora, un mero documento privado con firmas legitimadas, sino un verdadero documento público, apto para complementar el título y producir su inscripción.

No obstante, en los casos en que el poder no crea protocolo, PEINADO RUANO cree prudente protocolizar el poder calificado por el Notario español autorizante de la escritura otorgada en uso del poder, junto con la escritura que documente dicho acto, o en número de protocolo separado.

B) EFICACIA EN EL EXTRANJERO DE LOS PODERES OTORGADOS ANTE NOTARIO O CÓNSUL ESPAÑOL.

Los requisitos para esta eficacia son también la legalización o la apostilla.

La llamada legalización es más bien una cadena de legalizaciones entre los órganos administrativos jerárquica y sucesivamente competentes en ambos Estados.

La apostilla procederá sólo si se trata de un Estado parte del Convenio de La Haya de 5-X-1961. Si se trata de poderes autorizados por Cónsul español, la extiende el Ministerio de Asuntos Exteriores; si es un poder notarial, el Decanato del Colegio respectivo.

Este tipo de poderes podrán revestir la forma de:

– Escritura pública notarial.

– Acta de exhibición de un documento privado de poder (ex artículo 207-2° R.N.) o testimonio de legitimación de firmas (ex art. 259 R.N.), siempre que: el poder haya de surtir efecto solamente fuera de España, en país que no se exija la forma documental pública; el Notario autorizante del acta o testimonio identifique y legitime las firmas de los otorgantes y, en cuanto le sea posible, emita el juicio de capacidad; los otorgantes declaren que las firmas estampadas son las suyas, que conocen el contenido del documento y que, libre y voluntariamente, quieren que produzca los efectos que le sean aplicables conforme a lo previsto en las leyes extranjeras.

Y conviene recordar que, al efecto de asegurarse de que el documento no contiene nada contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, el Notario tendrá derecho a enterarse de él y a negarse a dar el testimonio (o autorizar el Acta) si los interesados no le consienten su lectura y le facilitan, en su caso, su traducción.

XI.- EXTINCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN:

A) CAUSAS.

Enumera el artículo 1.732 del Código civil las causas de extinción del mandato:

1.ª: Revocación.

2.ª: Renuncia del mandatario.

Ya dijimos al principio que propiamente la renuncia lo es al mandato, pero no al poder, que es unilateral del poderdante. La renuncia debe notificarse al mandante, pues si le produce perjuicios, deberá indemnizarle el mandatario, a menos que la funde en la imposibilidad de seguir desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo (artículo 1.736 del Código civil). Por tanto, parece prudente expresar en la escritura la causa de la renuncia.

3.ª: Muerte, incapacitación, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia: del mandante o del mandatario.

Hay que añadir otras causas de extinción del poder:

– En general, todas las que extingan el mandato o relación subyacente de la que el poder traiga causa.

– Cumplimiento de la condición o el plazo resolutorios.

– Cumplimiento del objeto para el que se concedió el poder (así lo estableció la D.G.R.N. en Resolución de 14 de febrero de 1941).

– Los poderes, generales o especiales, otorgados por un ausente, quedan extinguidos por la inscripción de la declaración de ausencia en el Registro Civil (artículo 183 del Código civil *"in fine"*).

– Los poderes y consentimientos que un cónyuge haya dado a otro, quedan revocados por la admisión a trámite de la demanda de separación, nulidad o divorcio (artículo 102-2 del Código civil). Por ello, dice el artículo 227-3 del Reglamento Notarial que *"el cónyuge autorizado para obtener copias del poder que le haya conferido el otro, hará constar bajo su responsabilidad al solicitarlas, que no media entre los cónyuges separación legal, aunque sólo sea en virtud de medidas provisionales, ni de hecho"*.

B) EN PARTICULAR, LA REVOCACIÓN.

La revocación del poder puede ser:

– Expresa, en la vía del artículo 1.732-1 C.c.: *"el mandante puede revocar el mandato a su voluntad y compeler al mandatario a la devolución del documento en el que conste el mandato"*.

– Tácita, según el artículo 1.735 C.c.: *"el nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio, produce la revocación del mandato anterior desde el día en que se hizo saber al que lo había recibido"*.

En general, parece recomendable que sea expresa y notificada. Primero, notificada al apoderado, ya que lo hecho por el mandatario ignorando que ha ocurrido una causa de extinción del mandato, surtirá todos sus efectos respecto de terceros que hayan contratado con él de buena fe (artículo 1.738 C.c.). Y además, si el poder fue concedido para contratar con determinadas personas, el po-

derdante que revoca debe comunicárselo también a éstas, puesto que la revocación no les perjudicará si no se les ha hecho saber (artículo 1.734 C.c.).

En la práctica, la revocación puede no ser notificada si la única copia o todas las copias libradas están en poder del representado, y el apoderado no está facultado para obtener copias del poder (puesto que sólo en este caso puede obtenerlas, según el artículo 227 del R.N.).

C) EL REGISTRO DE REVOCACIÓN DE PODERES.

Fue implantado por el Consejo General del Notariado con efecto desde 1 de enero de 2001. No es un registro oficial, sino una base de datos informática, actualizada y utilizable como *"herramienta de trabajo"* (dice el propio Consejo). Quedan excluidos de su ámbito los poderes para pleitos.

La introducción de datos y la consulta de los mismos son exclusivas para notarios, por lo cual, se han creado una serie de garantías de confidencialidad y seguridad: fundamentalmente, dirección telemática privada (inaccesible desde la página corporativa pública); nombre de usuario y contraseña individualizados.

La funcionalidad del registro consiste, por un lado, en la obligación de comunicar al mismo, en las 24 horas siguientes, la autorización de: escrituras de revocación de poder; escrituras de renuncia de poder; escrituras o actas en las que se alegue la pérdida de eficacia del poder, y se acredite, fehacientemente, el hecho que según las leyes produzca la extinción del poder (por ejemplo, muerte del poderdante o declaración de incapacidad). Por otro lado, el registro sirve para la consulta facultativa de los datos inscritos.

XII.- REFLEJO DEL PODER EN LA ESCRITURA Y CALIFICACIÓN REGISTRAL DEL PODER.

El artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, impone al notario dos tareas obligatorias a la hora de autorizar documentos otorgados por representantes o apoderados:

1.°: Insertar una reseña identificativa del documento auténtico que se le haya acompañado para acreditar la representación alegada.

Al respecto, la Resolución de la D.G.R.N., de 12 de abril de 2002, en respuesta a consulta vinculante formulada por el Consejo General del Notariado

aclara que esta reseña identificativa habrá de consistir en una sucinta narración de las señas distintivas del documento auténtico exhibido; y de una relación o transcripción somera pero suficiente de las facultades representativas.

Sendas Resoluciones de 23 y 24 de abril de 2002 (que, previsiblemente, se verán pronto acompañadas por otras simétricas) declaran conforme con la nueva norma la práctica de calificar el negocio otorgado en la escritura (por ejemplo, como "compraventa") y después decir que el poder es suficiente para otorgar la escritura. No hace falta reproducir pormenorizadamente los términos concretos del poder, ni mucho menos decir que en lo no transcrito no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo reseñado, pues esta reseña no es un testimonio. Lo anterior sólo será preciso si el Notario, voluntariamente, decide transcribir el poder.

2.°: Expresar (previa valoración) que, a su juicio son suficientes las facultades representativas acreditadas para ese acto o contrato.

Ambas actividades harán fe por sí solas de la suficiencia de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del notario.

La Resolución de 12 de abril de 2002 añade que el notario deberá reseñar las circunstancias que acrediten las subsistencia de la representación: el hecho de habérsele exhibido copia autorizada; y en su caso, la inscripción en el Registro Mercantil. No estará de más añadir la declaración del representante sobre la vigencia de la representación.

Cumpliendo todo lo anterior, el registrador ya no podrá exigir ni la transcripción, ni la incorporación, ni el acompañamiento del documento del que resulte la representación.

No obstante, el artículo 98-3 permite que el notario, voluntariamente, y si lo estima conveniente, transcriba o incorpore el poder. La incorporación podrá seguir siendo conveniente si se quiere retirar del tráfico la copia autorizada de un poder especial para ese acto. Pero esta transcripción o incorporación no excluye la responsabilidad del notario, ni su obligación de valorar la suficiencia del poder.

Para concluir, recordar algunas cuestiones de técnica notarial:

– Cuando alguien pretenda comparecer por otro en uso de un poder, resulta esencial observar dos extremos: si el apoderado está o no expresamente fa-

cultado para obtener copias del mismo, y a nombre de quién está expedida la copia en cuya virtud pretende actuar. A estos efectos baste recordar la regla general sentada en el párrafo primero del artículo 227 del Reglamento notarial: *"el mandatario sólo podrá obtener copias del poder si del mismo o de otro documento resulta autorizado para ello..."*. Por lo tanto, al otorgar actos en ejercicio de su representación, el apoderado deberá aportar: o bien una copia autorizada expedida a su propio nombre, siempre que haya sido facultado para obtenerlas; o, en otro caso, una copia del poder expedida a nombre del poderdante a quien pretenda representar.

Me remito a lo ya dicho sobre las reglas especiales contenidas en el mismo artículo en materia de poderes entre cónyuges y recíprocos.

– En la escritura que documente el acto realizado en ejercicio del poder, hay que hacer constar las circunstancias personales del poderdante (cuya capacidad se presume subsistente mientras no se pruebe lo contrario), por lo que resulte del poder y lo que manifieste el apoderado.

– *"El apoderado ha de actuar mediante exhibición al notario o, en su defecto, mediante su aportación al Registro, en virtud de copia autorizada del poder, o que acredite, mediante otro documento público (v.gr.: certificación del Registro Mercantil) la subsistencia de dicho poder en la fecha del otorgamiento"*. Estos son términos literales de la Resolución de la D.G.R.N. de 17 de febrero de 2000. Con carácter general, la afirmación de haber examinado el documento de poder hecha por el notario debe basarse en copia autorizada y no en mero testimonio (para evitar el desconocimiento de posibles revocaciones posteriores). Pero la Resolución citada declara inscribible un título al que se acompaña testimonio (librado con posterioridad a la fecha de la escritura cuya inscripción se pretende) de la copia autorizada de poder obrante en posesión del apoderado, por entender que equivale a la aportación original de la misma copia que fue testimoniada, *"pues las limitaciones existentes para obtener copias y testimonios se refieren a la obtención respecto de la matriz, para evitar que quede sin efecto la revocación real establecida en el Código civil (artículo 1.733); pero, exhibida al Notario la copia autorizada del poder, en la que consta su inscripción en el Registro Mercantil, está totalmente acreditada la representación..."*.

– También cabe justificar la representación por referencia a la matriz del poder que obra en el protocolo del notario autorizante, pero sólo será posible si el apoderado está facultado para pedir copia de la escritura, pues de lo contrario, se vulneraría la norma del artículo 227 del Reglamento notarial, que sólo per-

mite al apoderado obtener copia si está autorizado para ello (así lo declaró, expresamente, la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 15 de febrero de 1982).

Calatayud, mayo de 2002.

FERNANDO AGUSTÍN BONAGA
Notario de Calatayud

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA:

- ÁVILA ÁLVAREZ: *"Derecho Notarial"*.- Bosch.- Barcelona, 1990.
- ÁVILA NAVARRO: *"La representación con poder" ("Estudios de Derecho notarial y registral")*.- Madrid, 1992.
- ÁVILA NAVARRO: *"Formularios Notariales"*.- Bosch. Barcelona, 1999.
- BADENAS CARPIO: *"Apoderamiento y representación voluntaria"*. Madrid, 1998.
- CHICO Y ORTIZ: *"Estudios sobre Derecho Hipotecario"*.- Marcial Pons. Madrid, 2000.
- DÍEZ PICAZO: *"La representación en Derecho privado"*.- Madrid, 1992.
- FERRARI: *"Gestioni di affari altrui e reppresentanza"*.- Milán, 1962.
- LACRUZ BERDEJO y otros: *"Elementos de Derecho Civil. I"*. Bosch. Barcelona, 1993.
- PEINADO RUANO: *"Posibles fórmulas sobre reseñas indicativas y juicio de suficiencia por el Notario de la representación o apoderamiento"*. "Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada", número 246, enero de 2002.
- SIMÓ SANTONJA, VICENTE L. y SIMÓ SEVILLA, VICENTE: *"Formularios de Poderes"*.- Comares.- Granada, 1994.

Tomado de la Buhaira nº78-79
Uno de Septiembre de 2002

CRIPTOGRAMA

POR P. PASTOR

1 E	2 I	3 N	4 M		5 F	6 K		7 R	8 J	9 Q	10 C		11 E	12 G		13 A	14 H	15 P	
16 K	17 E	18 B	19 O		20 N	21 A	22 I	23 L	24 E	25 B	26 O		27		28 N	29 F		30Q	31 E
32 H		33 G	34 P		35 D	36 J	37 F		38 A	39 N	40 G	41 E		42 M	43 I		44 K	45 D	46 C
47H	48 J	49 P	50O	51 F		52 C	53 L	54 J	55 A	56 P		57 J	58 D	59 H	60 G	61 A	62 R		63Q
64M		65H	66 B	67 N		68 R	69 A	70 F	71 E		72 R	73 K		74 L	75 N	76 B	77 G	78 H	79 A
	80 F	81 K	82 C	83 I	84 M	85 H		86 R	87 D		88 Q	89 J	90 P		91 K	92 N	93 B	94 L	95 D
	96 I	97 L	98 O	99 F	100P	101C	102Q		103G	104M	105D	106J	107I	108O	109L	110B			

Leyendo en sentido vertical las iniciales de las palabras obtenidas aparece el nombre del autor y el título de la obra

A.-Morral de los cazadores, soldados y viandantes..... ___ ___ ___ ___ ___ ___ ___
13 21 38 55 61 69 79

B.-Dar golpes con la cola o con las alas..... ___ ___ ___ ___ ___ ___
93 18 110 25 66 76

C.-Preclaro, ilustre, generoso..... ___ ___ ___ ___ ___
101 10 46 52 82

D.-Arrogantes, presuntuosas, engreídas..... ___ ___ ___ ___ ___ ___
58 35 95 87 45 105

E.-Punta en que remata la proa de la nave..... ___ ___ ___ ___ ___ ___ ___
11 71 1 31 17 41 24

F.-Coches de cuatro ruedas con capota delantera y trasera..... ___ ___ ___ ___ ___ ___
29 70 37 99 51 5

G.-Calidad de dañoso o nocivo..... ___ ___ ___ ___ ___ ___
40 77 12 103 33 60

H.-De la parte de allá..... ___ ___ ___ ___ ___ ___ ___
14 32 65 47 59 78 85

I.-Moneda española de oro que valía cien reales,hoy 15 ctms.de euro..... ___ ___ ___ ___ ___ ___
96 107 43 22 2 83

J.- Ocupar con alguna cosa un espacio vacío
___ ___ ___ ___ ___ ___ ___
106 8 89 54 57 36 48

K.-Usar mal, excesiva,injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa..... ___ ___ ___ ___ ___ ___
16 91 6 44 73 81

L.-Tierra generalmente acotada y por lo común destinada a pastos..... ___ ___ ___ ___ ___ ___
74 23 109 53 94 97

M.-Asistente a un aula, no matriculado como alumno..... ___ ___ ___ ___ ___ ___
4 27 42 64 84 104

N.-Que violenta a alguno,le aprieta y obliga con vejación o molestia..... ___ ___ ___ ___ ___ ___ ___
39 20 3 28 67 75 92

O.-Viento de poniente. En poesía, cualquier viento suave y apacible..... ___ ___ ___ ___ ___ ___
108 26 80 50 98 19

P.-Ruedo de la plaza de toros..... ___ ___ ___ ___ ___ ___
90 34 49 100 15 56

Q.-Hace o causa ruido una cosa..... ___ ___ ___ ___ ___
30 88 63 9 102

R.-Aceite de oliva, en plural..... ___ ___ ___ ___ ___
62 72 86 68 7

SOLUCIÓN EN LA PÁGINA 80

¡MUCHO DIGESTO Y MUCHAS PANDECTAS, PERO MIRA CÓMO ME TIENES LA CASA!
¡¡PERO NARICES!!
PERO, TEODORA...

RESEÑA LEGISLATIVA

* Los epígrafes en negrita y con recuadro se transcriben, total o parcialmente, en las páginas siguientes. En los índices generales se indicará, a continuación del número de la revistilla, con las siglas TT o TP, respectivamente.

RESEÑA LEGISLATIVA
(Hasta BOE/DOGV 1/15 oct 2002

DISPOSICIONES ESTATALES

CÓDIGO CIVIL - NACIONALIDAD
Ley 36/2002 de 8 oct (BOE 9): Modificación del Código civil en materia de nacionalidad. Orientada la reforma especialmente a facilitar la conservación y transmisión de la nacionalidad española a los emigrantes, modifica, en concreto, los artículos 20 (derecho a optar por la nacionalidad española), 22 (adquisición de la nacionalidad por residencia), 23 (requisitos comunes para la adquisición de la nacionalidad), 24 y 25 (pérdida de la nacionalidad) y 26 (recuperación de la nacionalidad).

DISPOSICIONES AUTONÓMICAS)

MURCIA - LEY DEL SUELO
Ley murciana 2/2002 de 10 mayo (BOE 8 oct): Modificación de la ley 1/2001 de 24 abril, del Suelo de la región de Murcia.

-Por la importancia de su contenido, transcribimos íntegra a continuación la Ley 36/2002, de 8 de octubre de 2002, publicado en el BOE 9 de Octubre de 2002.

JEFATURA DEL ESTADO

19484 *LEY 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad.*

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

Desde la promulgación del Código Civil en 1889, la regulación jurídica de la nacionalidad, concebida como vínculo político y jurídico que liga a una persona física con su Estado, ha sido objeto de sucesivas reformas, motivadas, unas veces, por la necesidad de adaptar la legislación a nuevas realidades que han ido surgiendo, y otras, a partir de 1978, por la exigencia de dar cumplimiento a los mandatos de la Constitución Española. En concreto, ha de tenerse bien presente el encargo que contiene el artículo 42 de la misma cuando encomienda al Estado la misión de velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, a la que añade la obligación de orientar su política hacia su retorno. Facilitar la conservación y transmisión de la nacionalidad española es, sin duda, una forma eficaz de cumplir este mandato y éste es el principal objetivo de la presente Ley.

II

En este sentido, se ha introducido en el artículo 20 la posibilidad de que las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España puedan optar por la nacionalidad española sin límite de edad. De este modo, se da cumplida respuesta, por un lado, a la recomendación contenida en el informe publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» el 27 de febrero de 1998, elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados, creada para el estudio de la situación de los españoles que residen en el extranjero y, por otro, a las reclamaciones que éstos han hecho llegar al Consejo de la Emigración pidiendo se superara el sistema de plazos preclusivos de opción establecidos sucesivamente por las Leyes 18/1990, 15/1993 y 29/1995.

En el mismo orden de cosas, se ha modificado el artículo 24 para establecer un sistema que permitiera al que se hallara en alguno de los supuestos contemplados en el apartado 1 de ese artículo, y antes de que se cumpliera el plazo establecido en el 2, impedir la pérdida que, de otra forma, se producía automáticamente al transcurrir el plazo establecido. En coherencia con todo ello, se ha reformado igualmente el artículo 25, del que además ha desaparecido el supuesto de pérdida de la nacionalidad como pena, al no contemplarse ya la misma en el Código Penal.

En esta misma línea, se ha suprimido del artículo 26 el requisito de renunciar a la nacionalidad anterior, puesto que el mismo suponía en la práctica un obstáculo insuperable para la recuperación de la nacionalidad española. De esta forma, se atiende a la exigencia contenida en el punto seis de la moción aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 18 de octubre de 2000, sobre medidas para mejorar, jurídica y económicamente, la situación de los emigrantes españoles.

III

Por otro lado, se ha considerado conveniente hacer en los textos vigentes las mejoras técnicas que la experiencia acumulada en la aplicación de los mismos, la actividad legislativa acaecida desde su aprobación o la jurisprudencia han hecho aconsejables y que tienen un desigual alcance.

Así, la modificación introducida en el artículo 22.3 tiene por objeto dejar sentado que la residencia, a efectos de servir de base para la adquisición de la nacionalidad española, ha de ser efectiva, resolviendo así las dudas acerca de cómo había de interpretarse la necesidad de que fuera legal y si ello comprendía o no la residencia física. Por otro lado, la reforma es acorde con los planteamientos de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1998, que concibe el requisito de residir como la prueba de que existe, en el ánimo del interesado, la voluntad de integrarse en la comunidad española.

También ha desaparecido del artículo 26.2 el requisito previo de la habilitación del Gobierno para la recuperación de la nacionalidad española cuando no se ha cumplido el servicio militar o la prestación civil sustitutoria.

La disposición adicional primera tiene por finalidad adecuar los procedimientos relativos a la nacionalidad española a la normativa de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señalándose un plazo máximo de un año para la resolución de los expedientes, habida cuenta de la complejidad que entraña su tramitación y resolviéndose el silencio administrativo en sentido negativo, en consideración

a los efectos perjudiciales que la solución contraria habría de tener.

Por último, la presente Ley se dicta al amparo de la competencia que en exclusiva corresponde al Estado conforme a la regla 2.ª del artículo 149.1 de la Constitución Española.

Artículo único.

Los artículos 20, 22, 23, 24, 25 y 26 del Código Civil quedarán redactados de la forma siguiente:

«Artículo 20.

1. Tienen derecho a optar por la nacionalidad española:

a) Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español.

b) Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.

c) Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19.

2. La declaración de opción se formulará:

a) Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz.

b) Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años o cuando, aun estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación.

c) Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años. La opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.

d) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Se exceptúa el caso en que haya caducado el derecho de opción conforme al párrafo c).

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el ejercicio del derecho de opción previsto en el apartado 1.b) de este artículo no estará sujeto a límite alguno de edad.»

«Artículo 22.

1. Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes.

2. Bastará el tiempo de residencia de un año para:

a) El que haya nacido en territorio español.

b) El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar.

c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud.

d) El que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho.

e) El viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho.

f) El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.

3. En todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición.

A los efectos de lo previsto en el párrafo d) del apartado anterior, se entenderá que tiene residencia legal en España el cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero.

4. El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española.

5. La concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa.

Artículo 23.

Son requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia:

a) Que el mayor de catorce años y capaz para prestar una declaración por sí jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes.

b) Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 1 del artículo 24.

c) Que la adquisición se inscriba en el Registro Civil español.

Artículo 24.

1. Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años, a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. No obstante, los interesados podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargado del Registro Civil.

La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen.

2. En todo caso, pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero.

3. Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, perderán, en todo caso, la nacionalidad española si no declaran su voluntad de conservarla ante el

encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación.

4. No se pierde la nacionalidad española, en virtud de lo dispuesto en este precepto, si España se hallare en guerra.

Artículo 25.

1. Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad:

a) Cuando durante un período de tres años utilicen exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española.

b) Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

2. La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años.

Artículo 26.

1. Quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos:

a) Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurran circunstancias excepcionales.

b) Declarar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española.

c) Inscribir la recuperación en el Registro Civil.

2. No podrán recuperar o adquirir, en su caso, la nacionalidad española sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno, los que se encuentren incursos en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior.»

Disposición adicional primera.

Las solicitudes de adquisición por residencia y de dispensa del requisito de residencia legal para recuperar la nacionalidad española habrán de ser resueltas en el plazo máximo de un año desde que hubieran tenido entrada en el órgano competente para resolver, transcurrido el cual, sin que hubiera recaído resolución expresa, habrán de entenderse desestimadas, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley de Registro Civil.

Disposición adicional segunda.

La causa de pérdida prevista en el artículo 24.3 del Código Civil sólo será de aplicación a quienes lleguen a la mayoría de edad o emancipación después de la entrada en vigor de la presente Ley.

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

Disposición final única.

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Madrid, 8 de octubre de 2002.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

JOSÉ MARÍA AZNAR LÓPEZ

SOLUCIÓN AL CRIPTOGRAMA: Pero su seno el mar alzó potente
y el sol, al fin, como en soberbio lecho,
hundio en las olas la dorada frente,
en una brasa cárdena deshecho.
Manuel Machado, OCASO

Centro de Estudios Registrales

c/ Pintor Peyró, 12
46010
VALENCIA

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana