

# **ESQUEMAS DE DERECHO DE FAMILIA**

## **BLOQUE III: FILIACIÓN Y PAREJAS DE HECHO**

**(MATERIAL DIDÁCTICO PARA ALUMNOS DEL GRADO EN DERECHO)**

**JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ**  
**Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Málaga.**

**PAULA CASTAÑOS CASTRO**  
**Doctora en Derecho civil. Universidad de Málaga.**

## 1. LA FILIACIÓN.

- Vínculo legal (estado civil) que una a una persona con su progenitor o progenitores o con aquellos a quienes la ley coloca en esa condición (Filiación adoptiva).

- La normativa sobre filiación ha sido recientemente modificada en 2015 por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma de la admón. de justicia y del Registro Civil, y por la Ley 26/2015 de 28 de julio, sobre sistema de protección de la infancia y la adolescencia. En principio, las modificaciones estaban orientadas primordialmente a dar respuesta a las dos Sentencias del T.C. de mayo y octubre de 2005, afectantes a los arts. 133 y 136 CC, pero al final la reforma ha acabado siendo de mayor calado, al afectar a más artículos, aunque la valoración es bastante negativa.

- La filiación puede ser matrimonial o no matrimonial. (Esta distinción sigue existiendo, pero ya no hay diferencias legales entre ambas en cuanto a sus efectos). Las diferencias persisten en cuanto a la determinación de la filiación, como consecuencia sobre todo del juego de la presunción de paternidad matrimonial derivada del matrimonio, y en cuanto a las acciones de filiación. Es en este campo donde a nuestro juicio pueden persistir todavía algunas normas un tanto discriminatorias, a pesar de la reciente reforma legal.

- Las reformas legales producidas desde 1981 hasta la fecha van en la línea de:

a) Equiparación entre ambas filiaciones en cuanto a sus efectos jurídicos.

b) Facilitamiento de la determinación de la filiación real, a través de pruebas biológicas (aplicación, en buena medida indiscriminada, del principio de investigación de la paternidad del art. 39.2 CE).

- Efectos básicos de la filiación:

a) Derecho a los apellidos paterno y materno.

b) Derecho de alimentos (para el caso de que no esté embebido dentro de la patria potestad): Casos en que esto último sucede:

- Casos de Privación de patria potestad.

- Casos de Exclusión de patria potestad ex art. 111 CC.

- Casos de Exclusión por privación de la patria potestad “ab initio”, en el momento de determinación de la filiación.

## **2. DETERMINACION DE LA FILIACION:**

- Distinción entre determinación de la filiación y reconocimiento o prueba de la filiación.

- La primera concierne a las causas o vías del nacimiento del vínculo de filiación (básicamente al hecho natural de la generación), mientras que con el reconocimiento se alude a la forma de acreditación (lo que no siempre es fácil). A veces la ley confunde ambos términos.

- La **determinación** puede producirse mucho tiempo después del nacimiento, pero tiene efectos retroactivos.

Ahora bien, se trata de una retroactividad limitada por el art. 112.2 CC y por la naturaleza misma de los efectos cuya retroactividad se pretende (por ej., no sería aplicable a la exigencia de alimentos entre padre e hijo, en aplicación del art. 148.1 CC, ni tampoco daría lugar a pedir el reembolso de los satisfechos con anterioridad a la determinación de nueva filiación, tras la impugnación de la preexistente). No está del todo claro el alcance de esta limitación de la retroactividad. Se aplica al ámbito sucesorio, si murió algún pariente antes de la determinación de la filiación, o a la nacionalidad del sujeto cuya filiación se ha determinado.

- El **reconocimiento** se señala en el art. 113 CC: En realidad, hay cierta confusión, pues se refiere a la vez, a la prueba de una filiación ya determinada legalmente, y por otro, a medios para acreditarla en un procedimiento judicial (v.gr., posesión de estado). La posesión de estado no es propiamente un medio de acreditar la filiación, pues puede no ser suficiente en sí misma, y estar en contradicción con una filiación biológica. La presunción de paternidad no es un medio de prueba (es un efecto): la prueba la hace la certificación registral del matrimonio (y su vigencia) y del nacimiento del hijo.

**- Determinación de la Filiación matrimonial:**

- Partimos de la idea de la certeza de la maternidad y la incertidumbre sobre la paternidad.

- Sin embargo, por razón estadística (casi siempre son hijos del marido de la madre) y por razones de seguridad jurídica y de evitación de disputas, y como consecuencia de la obligación matrimonial de fidelidad (art. 68 CC), se ha admitido desde hace mucho tiempo la presunción de paternidad.

- Presunción de paternidad:

- Regla general: art. 116 CC. Importancia de la separación de hecho, y su acreditación.

- Es presunción basada en la convivencia: se rompe si hay separación.

- Funciona automáticamente: no se puede evitar la inscripción del hijo como del marido de la madre.

- Cabe la prueba en contrario (en procedimiento judicial de impugnación).

- El Encargado del Registro debe comprobar en todo caso que se cumplen los presupuestos legales de nacimiento del hijo

dentro de los 300 días posteriores a la ruptura de la convivencia.

- Art. 117 CC: Rige la presunción de paternidad si nace dentro de los 180 días, pero no es tan fuerte. Si no se cumple la exigencia de nacer después de los 180 días posteriores al matrimonio, cabe un acto posterior de declaración por el marido (dentro del plazo de caducidad de 6 meses): si no se hace esa declaración auténtica en ese plazo, rige la presunción de paternidad matrimonial. En esta situación, queda excluida la posibilidad de hacer ineficaz extrajudicialmente la presunción de paternidad: ya sólo podrá acudir a la vía judicial (siempre abierta: no se aplican los actos propios). Se recogen dos excepciones a la eficacia de esa declaración auténtica de no aplicar la presunción.

- Art. 118 CC: Nacimiento después de 300 días de separación: No hay presunción, pero la ley permite una vía para conseguir la matrimonialidad de la filiación: el consentimiento de ambos cónyuges, incluida la esposa, lo cual es singular, pues la filiación materna estará ya determinada. (Sólo aplicable al caso de separación legal o de hecho, y no al caso de divorcio).

- Art. 119 CC: Dice que puede haber filiación matrimonial sobrevenida, aunque el nacimiento se produjera cuando no estaban aún casados sus padres. Esa filiación será previa, y se habrá determinado en alguna de las formas previstas para la filiación no matrimonial. No hay variación en sus efectos, pero sí, acaso, en cuanto a las acciones de impugnación (se aplicarían las reglas de la matrimonial, salvo matices).

**- Determinación de la Filiación no matrimonial:**

- Filiación materna: Básicamente viene dada por el parto, no tanto por la inscripción del nacimiento, como dice el art. 120.5º CC. Podría excepcionalmente recurrirse a alguno de los otros medios a los que ahora nos referimos.

- Filiación paterna:

a) Reconocimiento de la filiación (art. 120.1º y 2º CC):

- Se pueden reconocer a todos los hijos, sea cual sea su origen, incluso aunque estuviera casado el reconocedor.

- Se trata de un acto jurídico, y no de un negocio jurídico, por cuanto no cabe alterar sus consecuencias jurídicas.

- Acto formal: Ha de hacerse en alguna de las formas señaladas en la ley:

a) Mediante declaración en el momento de la inscripción del nacimiento dando el padre su conformidad (esta es nueva desde 2015).

b) Manifestación ante el Encargado del Registro Civil (se entiende en un momento posterior).

c) En documento público (puede ser notarial o también judicial).

d) En testamento.

- Es un acto irrevocable, aunque se revoque el documento en el que conste (por ej. un testamento)

- Exigencias legales:

- Art. 121 CC: Capacidad.

- Art. 122 CC: Caso de reconocimiento por separado.

- Art. 123 CC: Reconocimiento de hijo mayor de edad: exige su consentimiento expreso o tácito.

- Art. 124 CC: Reconocimiento de hijo menor de edad.
- Art. 125 CC: Reconocimiento de hijos incestuosos.
- Art. 126 CC: Reconocimiento de hijo ya fallecido.

b) Por expediente tramitado ante el Registro Civil

c) Por sentencia firme de reclamación de la filiación.

### **3. ACCIONES DE FILIACION:**

- Principios generales (hoy en la LEC de 2000, que las sacó del C.Civil):

a) Intervención del Ministerio Fiscal (art. 749 LEC: aunque no sea en representación de nadie).

b) Indisponibilidad de las acciones de filiación: Está prohibida la renuncia, el allanamiento o la transacción por el art. 751 LEC: se refiere a una vez iniciado el procedimiento; antes, no cabe control público de la acción, por lo que un sujeto es libre de ejercitar o no la acción, sin perjuicio de que lo pueda hacer otro de los legitimados legalmente. Sí cabe el desistimiento (que como sabemos no es renuncia definitiva a la acción), pero debe haber conformidad del MF, salvo si se trata de mayores de edad.

c) Búsqueda de verdad material: Las pruebas no se limitan a las solicitadas por las partes, sino que de oficio se pueden adoptar otras, encaminadas a conocer la realidad (art.752 LEC).

d) Eficacia de cosa juzgada “erga omnes”: Precisamente por lo anterior, las sentencias firmes dictadas, surten efecto de cosa juzgada *erga omnes*, según el art. 764 LEC. Esto es bastante discutible, y puede ser un problema cuando uno de los legitimados legalmente no ha intervenido (porque no pudo), y luego pretende una revisión de lo resuelto judicialmente (pensamos sobre todo en el hijo), al verse afectado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

e) Carácter reservado del asunto: se puede celebrar el juicio a puerta cerrada, o mediante actuaciones reservadas.

f) En caso de menores: ejercicio indistinto por representantes legales o por el M.Fiscal.

g) Sujetos demandantes y demandados: ver art. 765 y 766 LEC.

h) Medios de prueba utilizables: Ver art. 767 LEC:

- Necesidad de un principio de prueba: Sigue manteniéndose en la LEC, con el objeto de evitar demandas permanentes e injustificadas.

- ¿Cómo se está interpretando en la práctica ese principio de prueba? Con bastante flexibilidad.

- El art. 767 LEC permite recurrir a todo tipo de pruebas, incluso presunciones o pruebas indiciarias.

i) Principio de Libre Investigación de la paternidad (¿Y la maternidad?): Recurso a las pruebas biológicas.

- No es ilimitado: hay casos en que se cierra el paso, o en que priman otras manifestaciones.
- Imposibilidad de obligar a nadie a someterse a pruebas biológicas (por razón de intimidad).
- De momento, no cabe una demanda dirigida exclusivamente a investigar una paternidad, si no es conducente a una reclamación o impugnación de una filiación concreta.

j) Ideas subyacentes en cuanto a la legitimación activa y los plazos de ejercicio de la acción:

- Relevancia de la posesión de estado.
- Protección prioritaria del interés del hijo (subyace al principio constitucional de la investigación de la paternidad): ¿se prioriza el interés del hijo, aunque sea mayor, sobre el interés de los padres y terceros?
- Protección de la intimidad.
- Defensa de la seguridad jurídica: evitar plazos de ejercicio imprescriptibles, que pudieran alterar una situación previamente creada y consentida.
- Recientemente, se impone la idea de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), para facilitar el ejercicio de acciones a quienes no estaban legitimados (y su interés pudiera estar justificado en abstracto), o estando legitimados, para dotarles de un plazo y unas condiciones de ejercicio suficientes y razonables. De ahí la doctrina del TC del año 2005, que ha modificado sustancialmente algunos aspectos (ahora se señalan).
- Hay una cierta falta de criterio del legislador en cada caso, en cuanto no están claros los motivos de las restricciones

legales, y suscitan cierta perplejidad. (ahora se comprueba).

## **1. Acciones de Reclamación de la filiación:**

### **a) Manifestada por constante posesión de estado:**

- El legislador español da bastante importancia a la posesión de estado, que no es otra cosa que una apariencia de vínculo de filiación entre dos personas, manifestado por tres signos (*nomen, fama, tractatus*). La ley trata de dar respaldo a estas apariencias, a veces incluso por encima de la realidad biológica. Por eso, en la medida en que existan estas condiciones, cualquier sujeto con interés puede reclamar que se declare esa filiación. Las consecuencias son muy dudosas, dado que afectarán incluso a quienes no intervinieron en ese proceso (eficacia de cosa juzgada *erga omnes*), quienes no podrían recurrir a pruebas biológicas (hoy certeras en el 100 %) para revocar esa previa resolución judicial, en un segundo proceso.

- Legitimación activa: cualquiera con interés legítimo (podrían ser los presuntos herederos de padre e hijo). No está claro quiénes son sujetos que tienen interés legítimo: puede entenderse en sentido amplio o más estricto. Esa cierta amplitud en la legitimación proviene precisamente de fundarse en hechos relativamente públicos y externos como los que conllevan la referida “posesión de estado”.

- Normalmente en la práctica estas acciones se refieren a la Filiación no matrimonial. Pero puede referirse también a la filiación matrimonial.

- Se habla incluso de que se trata de la del art. 131 CC de una acción meramente declarativa de la filiación, como diferenciada de la de reclamación de la filiación.

- En la práctica, son o padre o hijo quienes normalmente reclaman.

- ¿Podría incluirse la reclamación de la maternidad? Sí, si no fue determinada en origen por el parto (Ejm: Abandono de hijo al nacer, que no es dado en adopción, seguido de una posesión de estado).

- La ley no fija plazo para su ejercicio: luego debe ser imprescriptible.

b) **Sin posesión de estado**: Aquí la ley distingue:

b.1.- Filiación matrimonial:

- Art. 132 CC: También es imprescriptible.

- Se dice que serán supuestos excepcionales los regulados en la norma, al tratarse de filiación matrimonial. (En realidad, quizás puede haber casos respecto de hijos de la postguerra o de los llamados hijos robados, cuando la madre estaba casada al dar a luz; aunque en estos casos, habrá que impugnar simultáneamente la filiación ya determinada).

- Legitimación activa: padre, madre o hijo. Esa restricción obedece a la preservación de la intimidad de los sujetos, y a evitar que cualquier tercero pueda inmiscuirse y perturbar la vida de los afectados, si no existe una cierta “publicidad” derivada de la posesión de estado.

Se incluye a la madre como legitimada, incluso si se trataba de filiación paterna, como sería el caso normal: la ley no distingue. La justificación reside en que es inseparable la filiación paterna de la materna (en cuanto la primera proviene de la presunción de paternidad).

- Se recoge una legitimación excepcional de los herederos, en el caso del 132.2 CC, que es discutible porque impide a los herederos ejercitar la acción en lugar del fallecido, si éste no lo supo antes de fallecer; además, aparece limitada a un plazo

quizás corto de tiempo. De todos modos, todo depende de cómo se interprete la expresión “descubrimiento de las pruebas”.

#### b.2.- Filiación no matrimonial:

- Art.133 CC: (sin posesión de estado)

- Legitimación activa: Originariamente estaba limitada al hijo, durante toda su vida: Se preguntaba entonces la doctrina sobre por qué no incluir a los padres. La verdad es que éstos pueden en todo momento conseguirlo por la vía del reconocimiento (aunque no siempre es así). De todos modos, parece que la jurisprudencia les ha venido reconociendo de hecho la legitimación por vía indirecta (al admitirlos como legitimados para impugnar la filiación y a la vez reclamarla, conforme al art. 134 CC), aunque no es un buen argumento sistemático.

- El TC, en STC de 27/10/2005 reconoció legitimación (al padre básicamente), si no tienen posesión de estado, dando lugar a una derogación parcial de la norma. La razón para otorgar legitimación a los progenitores está en la tutela judicial efectiva del progenitor biológico, que en teoría tenía vedado el acceso a esta acción, así como en el interés personal (y patrimonial) de unos padres por conseguir que se concrete una filiación biológica respecto de un hijo desconocido o “perdido”, y en el propio interés del hijo de disponer de otro progenitor que atienda sus necesidades, mediante acción ejercitada a instancias de ese mismo progenitor. Puede ser la paterna (sobre todo), pero también la materna.

- La reforma de 2015 ha modificado ya el art. 133.2 CC autorizando a los dos progenitores a reclamar esa filiación, pero con un límite de un año sólo a contar desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación.

- No se entiende ese corto plazo de tiempo de un año, en comparación con la filiación matrimonial (que es imprescriptible). Suponemos que se busca el respeto de la paz familiar en la relación familiar preexistente a la reclamación. Pero no es convincente, desde una perspectiva actual.

La negativa legal a que se pueda transmitir a los herederos (salvo continuación de la acción iniciada en vida por el progenitor) responde a la intención de aclarar que serían los herederos de padre y de madre, y no del hijo, los que tendrían esa facultad de ejercitar la acción, y la misma no se concede en caso de filiación matrimonial.

- En general, mientras el hijo sea menor de edad, la madre puede también ejercitar esa acción para reclamar filiación paterna de su hijo, como representante legal de éste.

## **2.- Acción mixta de impugnación-reclamación:**

-Art. 134 CC. Punto de partida: art. 113: filiación contradictoria.

- Prevalencia de la idea de reclamación (la impugnación es lo accesorio): Eso significa que la legitimación activa debe ser la correspondiente a la reclamación, así como sus plazos de ejercicio (y no los de las acciones de impugnación).

- Cabe la posibilidad de que se estime la acción de impugnación, pero se desestime la de reclamación, por haber sido probada convenientemente. Esta posibilidad no parece razonable, ya que podría ir en detrimento del hijo, sobre todo si es menor de edad, podría ser utilizado como una vía fraudulenta (conseguir por esta vía lo que no se podría conseguir por la sola impugnación, donde puede haber restricciones a la legitimación activa, que no existen en los casos de reclamación).

## **3.- Acciones de Impugnación de la filiación:**

### **3.1. Filiación matrimonial:**

- Art.136 CC: Se refiere a la impugnación por el marido no padre biológico.

Antes de 2005, podía ejercitarla el marido o el hijo, aunque el primero limitado a un año a contar desde el conocimiento de la inscripción registral o del nacimiento del hijo (no incluye a la madre, aunque ésta podría hacerlo como representante legal del hijo menor, pero con control previo judicial).

- La STC 26/05/2005 declarado inconstitucional el párrafo 1º (pero no ha habido reforma legislativa): por razones de tutela judicial efectiva (puede haber conocido el nacimiento, pero no saber que el hijo no era suyo): debería dársele la oportunidad real y material de poder impugnar en estos casos.

- En 2015 se ha reformado el art. 136 CC en la línea exigida por el TC y se ha introducido un apartado 2 en el que se concede al marido el plazo de un año a contar desde que conoció “su falta de paternidad biológica”. Este apartado 2 es el decisivo y el apartado 1 debería haberse suprimido.

- Se transmite a cada heredero (del marido) la facultad de ejercitar la acción de impugnación por el tiempo que falte para completar dicho plazo. Puede ocurrir que el marido no supiera nada en vida, con lo que el plazo se contaría desde cero para cada heredero, a partir del momento en que cada uno de ellos tuviera conocimiento de la “falta de paternidad biológica” de su causante.

- No se entiende la legitimación del marido porque podría dejar sin alimentos al hijo (menor) presunto. Tampoco se entiende la amplia legitimación de los herederos, que podrían ser herederos voluntarios no familiares del marido.

- Art. 137 CC: Legitimación del hijo.

Este artículo ha sido modificado en 2015.

Hay que distinguir según los casos:

- Si había posesión de estado:

a) Si se inscribió en el Registro, tendrá el plazo de un año a partir de entonces.

b) Si fuere menor o tuviera capacidad modificada judicialmente, ese plazo se cuenta desde la mayoría de edad o la recuperación de la capacidad.

c) Si desconociera la falta de paternidad del que consta formalmente como su padre en el Registro Civil, el cómputo del plazo se iniciará a partir de que tenga conocimiento de ese hecho. Esto parece lógico aplicación de su derecho de tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

- Durante la minoría de edad, pueden ejercitar la acción de impugnación, en interés del hijo, la madre, el representante legal o el Ministerio Fiscal. No convence esta amplia legitimación y desconocemos en qué caso puede interesar al hijo menor de edad que se impugne sin más su filiación matrimonial (sin a la vez reclamar la biológica no matrimonial). Quizás debería admitirse una legitimación nueva del hijo cuando sea mayor de edad, si no está de acuerdo con la declarada por sentencia anterior interpuesta por su madre/M.Fiscal.

- Se transmite a los herederos del hijo la acción correspondiente por el tiempo que faltare para transcurrir los plazos. Debemos entender que si el hijo nunca lo supo, dispondrán esos herederos (ya no se dice “cada heredero”) de la totalidad del plazo.

- Si no había posesión de estado:

- La legitimación activa corresponde, en cualquier tiempo, al hijo o sus herederos.
- La legitimación pasiva de la acción ejercitada por el hijo debe corresponder al padre, pero también la madre, en cuanto afectada por la matrimonialidad de la filiación.

**- Impugnación de la maternidad matrimonial:**

- El art. 139 CC legitima a la madre, con o sin posesión de estado, para impugnar ella misma su propia filiación materna matrimonial, pero debería permitirse también la impugnación de la filiación matrimonial materna, por el hijo, por el otro progenitor, y por los padres biológicos (quienes lo pueden hacer a través de la acción mixta impugnación- reclamación).
- El art. 139 CC parece limitar la acción a los casos de acreditación de la suposición de parto o no ser cierta la identidad del hijo, pero no debe ser así, pudiendo recurrirse sin más a pruebas biológicas que acrediten que no es la madre biológica.
- Plazo imprescriptible.

**3.2. Filiación no matrimonial: Art. 140 CC.**

- También es lógico que se pueda impugnar la filiación no matrimonial, si no coincidía con los datos biológicos.
- La ley trata conjuntamente en el art. 140 CC la impugnación de la filiación paterna y materna no matrimonial.

a) Si hubo posesión de estado:

- Legitimación activa: quien aparece como hijo o como progenitor o quienes puedan verse afectados como herederos forzosos.
- Plazo de caducidad de 4 años, desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.
- Llegada la mayoría de edad, o recuperada la capacidad, tendrá todavía el plazo de un año (se supone que desde recupera la capacidad, con independencia de que conozca su falta de filiación paterna o materna no matrimonial).
- No se entiende este plazo en comparación con la impugnación de la filiación matrimonial, donde es mucho más corto, y con unas condiciones diferentes: en concreto no se dice nada acerca del inicio del cómputo a partir de que se conociera la falta de filiación paterna o materna.

b) No hubo posesión de estado:

- Legitimación activa amplia: Todos aquellos a quienes perjudique. No queda claro qué alcance tiene esa expresión, pero parece incluir fundamentalmente a herederos, sean o no familiares.
- De nuevo no se entiende el por qué de esta amplia legitimación, en comparación con la filiación matrimonial.
- Plazo: debemos suponer que es imprescriptible, ya que la norma no dice nada.

**4.- Acciones de anulación:**

- Art. 138 CC: Se puede impugnar por vicio del consentimiento un reconocimiento de filiación no matrimonial y los demás

actos jurídicos que determinen la filiación matrimonial y no matrimonial. Así, por ejemplo, también por vicio del consentimiento el consentimiento conjunto del art.118 CC. Es dudoso que sea aplicable al consentimiento del art. 117 CC, aunque alguna sentencia lo admite.

- Legitimación activa: Quienes hubieren otorgado el reconocimiento (con error, violencia o intimidación), o sus herederos si hubiera fallecido antes de transcurrir el plazo.

- Plazo: Un año de caducidad.

#### **4. FILIACION Y TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA:**

- Principios básicos de la LTRHA de 2006:

1) Obtención gratuita de material genético. Sólo mediante donaciones, en las que no caben contraprestaciones, salvo cobertura de gastos por molestias físicas y gastos de desplazamiento y gastos laborales (art. 5.1 a 3 LTRHA).

Las donaciones no serán revocables salvo si el donante necesitare para sí el material genético.

2) Principio del Anonimato del donante (art. 5.5 LTRHA): sólo excepcionalmente se puede acceder a su identidad, cuando haya riesgo para la vida de alguno de los nacidos por estas técnicas o cuando lo permitan las leyes procesales penales

- No se puede desvelar, ni siquiera tras la mayoría de edad del nacido, la identidad de su padre/madre biológico, ni siquiera a efectos de simple conocimiento, sin los efectos jurídicos propios de la filiación.

3) En la duda de los fines de las TRHA, en España no se atiende al criterio de la preexistencia de una imposibilidad de

procrear, sino que se prima el llamado “derecho a procrear” que tiene todo sujeto, en especial la mujer (de ahí, por ej. la admisión de la inseminación/fecundación de la mujer sola o soltera, y la post mortem). Se admite su uso por cualquier mujer, sea cual sea su condición u orientación sexual, incluso su edad.

La posición del legislador español es bastante dudosa, si se piensa en el interés del nacido por esas técnicas (al venir al mundo sin uno de los padres, con todo lo que eso puede suponer a nivel afectivo y económico).

4) Admisibilidad de todas las técnicas y posibilidades imaginables, salvo la maternidad subrogada. En otros países no es así (por ej. se excluye la inseminación heteróloga o la donación de óvulos). Esto genera un cierto “turismo reproductor” hacia España.

5) Relevancia del consentimiento de los afectados, a través de mujer manifestación formal documental del mismo: La mujer quiera usar estas técnicas deberá ser mayor de 18 años y prestar un consentimiento previo y perfectamente informado. Si está casada, y no separada legalmente o de hecho, deberá consentir su marido (art. 6 LTRHA).

La concurrencia de ese consentimiento implicará un modo diferenciado, distinto de los señalados en el C.Civil, de determinación de la filiación (matrimonial o no matrimonial).

6) Prohibición de impugnación/reclamación de la filiación biológica por parte de quienes se han sometido a estas técnicas prestando su consentimiento.

Lo dice el art. 8 LTRHA. No obstante, el art. 7.1 LTRHA plantea alguna duda en su remisión a las normas generales del C.Civil.

- Es muy dudoso el caso del hijo nacido por estas técnicas, dado que la ley no dice expresamente nada acerca de que tenga

vedada la posibilidad de impugnar su filiación no biológica o de reclamarla. Pero todo indica que tampoco puede ejercitar una acción de impugnación-reclamación para que se declare la filiación biológica respecto del donante de material genético.

- Nada impide impugnar ese consentimiento, si se prestó de forma viciada (dolo, error, intimidación).

7) Posibilidad de la maternidad simultánea de dos mujeres, casadas o no, mediante la gestación de una de ellas (con material genético propio y ajeno), y consentimiento del otro miembro de la pareja (art.7.3 LTRHA).

8) Imposibilidad de paternidad simultánea de dos varones, casados o no, mediante la gestación por una mujer ajena con o sin material genético de uno de los varones. Esto genera una cierta desigualdad que está en la base de las continuas reclamaciones de los últimos tiempos.

9) Se admite la inseminación/fecundación *post mortem*: art. 9 LTRHA.

10) Queda prohibida la gestación por sustitución o contrato de maternidad subrogada (art.10 LTRHA): Nulidad de pleno derecho del contrato, con o sin precio.

Se trata de una norma discutible en alguno de sus aspectos (exclusión de los casos de gratuidad), y en cuanto a sus verdaderos efectos jurídicos, respecto del hijo nacido (art. 1304 CC), o cuando se recurre fuera de España a dicha alternativa, y en ese país existe un reconocimiento formal, administrativo o judicial, de la filiación surgida por esa vía.

De momento, el TS español, en STS de 6 de febrero de 2014, ha declarado la total ineficacia de la maternidad subrogada contraída y ejecutada fuera de España: el nacido tendrá la filiación paterna de aquel miembro de la pareja cuyo material genético hubiera sido empleado, y tendrá la filiación materna determinada por la gestación.

Esta sentencia ha sido muy criticada, sobre todo desde la perspectiva de la tutela del interés del menor ya nacido por esta

vía, en cuanto que se lesionan sus intereses por cuanto se le priva de padres legales (de madre, en cuanto había renunciado ya en el país de origen; de padre biológico, en cuanto obliga a un proceso judicial de reclamación de la filiación; del padre legal, en cuanto obliga a un proceso adoptcional, una vez declarada la filiación biológica del primero), al menos durante un tiempo relevante.

## **5. UNIONES DE HECHO NO MATRIMONIALES**

- Inexistencia de regulación legal de tales parejas a nivel estatal. Se discute sobre la conveniencia de dicha regulación.
- Se fundamentan en el principio constitucional del derecho a no casarse.
- Existen cada vez más normas legales que les conceden un tratamiento puntual, tales como:
  - Ley de Arrendamientos Urbanos: art. 12.4 y 16 LAU (convivencia estable en relación de afectividad análoga a la conyugal y al menos durante dos años).
  - Art. 97 CC: extinción de pensión compensatoria por convivencia estable con otro.
  - Posibilidad de adopción por parejas no casadas desde 1987 (Disposición adicional Tercera de la ley 11/1087).
  - Art. 320 CC: emancipación judicial.

- Indemnización por causa de muerte en accidentes de circulación a favor de la pareja unida de forma estable con la víctima. Esta norma permite su extrapolación a cualquier indemnización por causa de muerte).

- Punto de partida: En general, las UH no son tan de hecho, sino que casi siempre hay un pacto en la base, al menos regulador de la convivencia.

- No obstante, en la práctica se ha comprobado la necesidad de regular los problemas derivados de las crisis matrimoniales. ¿Qué soluciones se aplican, las propias del C.C. u otras diferentes?

- Pero precisamente por ser una unión “*de hecho*”, se puede pactar lo que se quiera en cuanto al desarrollo y organización de la convivencia, pero su eficacia decaerá automáticamente cuando se rompa esa convivencia, salvo que fueren pactos para el caso de ruptura.

- Esos pactos tendrán en general una eficacia puramente interna entre los convivientes, sin poder oponerse frente a terceros, al no poder inscribirse en el Registro Civil, salvo conocimiento de los mismos por esos terceros.

- Soluciones en casos de crisis de la pareja:

a) Respecto de hijos menores, no hay problema, pues se pueden aplicar las reglas generales, que son aplicables haya o no matrimonio.

b) Asignación de la vivienda familiar: Se ha admitido finalmente por la jurisprudencia del TS la aplicabilidad de los principios del art. 96 CC.

c) Pensión compensatoria: En general se ha negado por la jurisprudencia, aunque algunas sentencias la habían acogido previamente. A nuestro juicio, debería admitirse, ya que hay idéntica “ratio” que en el matrimonio.

- Aspectos económicos:

Idea básica: No se puede pensar que en toda UH va a existir un régimen de comunidad asimilable al REM de gananciales.

Incluso aunque así se pacte, nunca se podrá instaurar un régimen de ese tipo, al no tener virtualidad frente a terceros (quizás en el futuro se admita la entrada en el Registro Civil de las UH y sus pactos, de momento no).

Los Registros de las CC.AA. son de orden administrativo y no tienen eficacia civil. Desde luego, no frente a terceros, ya que normalmente estos no pueden acceder a sus contenidos. Son registros que tienen eficacia respecto de la prueba de la existencia de UH para los convivientes (y aun así es dudosa su eficacia civil probatoria).

No hay presunción de ganancialidad ni de comunidad. En principio, los bienes adquiridos durante la convivencia serán de aquel a cuyo nombre consten.

No obstante, cabe la prueba, por cualquier medio, de que se quisieron adquirir de forma conjunta, por mitad, o en la proporción que se acredite, con lo que se admitiría una comunidad pro indiviso sobre cada bien.

- Podría entenderse constituida entre las partes una sociedad, pero no sería sociedad mercantil, al exigirse una forma solemne. Podría ser una suerte de sociedad civil, en cuanto que las sociedades civiles no exigen forma, por lo que podría demostrarse que hay una sociedad entre ellas, incluso por hechos concluyentes. Esa sociedad civil, una vez constatada su

existencia, si no se pacta otra cosa, supondrá una asignación de cuotas y un ulterior reparto al 50%.

- No se puede decir, a falta de prueba de un hipotético pacto, que rija un régimen de separación de bienes, de modo que cada uno organice su vida económica como quiera. En parte es así, pero no se puede aplicar sin más el deber de contribuir de forma proporcional, ni el resto de reglas, aunque a falta de otros datos, podría ser una referencia útil.

- Eso sí, la jurisprudencia ha admitido que el trabajo en casa del conviviente que no obtiene ingresos sí se valora conforme al art. 1438 CC: Debe aplicarse una compensación a aquel conviviente que prestó tareas domésticas, aunque sobre la base de un enriquecimiento injusto del otro, que se habría ahorrado un dinero muy importante.

Por supuesto, siempre se puede pactar la renuncia futura a compensaciones o indemnizaciones por la ruptura, porque no estamos ante materia de alimentos.

- Derechos sucesorios: De momento, están formalmente excluidos, tanto derechos intestados como legitimarios.

La doctrina está conforme en admitir en una futura reforma legal el derecho de suceder intestadamente al menos, en casos de convivencia estable y duradera en el tiempo, basado en la presunta voluntad del causante.

Más dudoso es respecto del reconocimiento del derecho de legítima a favor del conviviente.