**TEMA 84. EL DERECHO DE FAMILIA: SUS CARACTERES. EL MATRIMONIO: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA. SISTEMA MATRIMONIAL VIGENTE EN EL DERECHO ESPAÑOL. EFECTOS CIVILES DE LOS MATRIMONIOS RELIGIOSOS. LA UNIÓN Y SEPARACIÓN DE HECHO.**

#### EL DERECHO DE FAMILIA

Se entiende por D. de familia el conjunto de normas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de una familia, entre sí y respecto a los terceros.

* En sentido amplio, entendemos por familia el conjunto de personas unidas por matrimonio y por vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad.

En un sentido todavía más amplio, relacionándolo con las denominadas “relaciones convivenciales de ayuda mutua” de los arts. 240-1 y ss. de la Ley 29 Julio 2010 de Libro II CC Cataluña, algunos autores hablan de una “FAMILIA DE HECHO”, entendiendo por tal el grupo de personas que conviven bajo un mismo techo.

* En sentido estricto, familia es el grupo restringido formado por los cónyuges y por los padres e hijos.

En todo caso actualmente tienen trascendencia jurídica la familia matrimonial, la no matrimonial, la adoptiva y, en el ámbito de los derechos forales, la troncal.

Como señala Lacruz Berdejo, en el ámbito civil no puede darse un concepto unitario de familia porque se le dota de diversa amplitud según el aspecto que se considere (alimentos, sucesión intestada, legítimas, etc)

Mientras algunos Códigos más modernos (BGB o el Cc Italiano de 1942) contienen una regulación unitaria del Dº Familia, nuestro Cc –siguiendo el modelo romano- lo regula fundamentalmente en el Libro I (de las personas), pero las normas relativas al REM están recogidas en el Libro IV (de las obligaciones y contratos).

La regulación del Cc ha sufrido importantes modificaciones (destacan la Ley 24 abril 1958 y la Ley 2 mayo 1975), sobre todo para adaptar la anterior regulación a los *principios constitucionales* de 32 y 39. Tales Reformas han sido:

Ley de 13 mayo 1981, que modificó la filiación, patria potestad y el REM.

Ley de 7 julio 1981, que reguló el matrimonio y el divorcio.

Ley de 24 octubre 1983, que modificó la tutela.

Ley 11 noviembre 1987, sobre filiación adoptiva (que suprime la adopción simple e introduce nuevas figuras de protección del menor: guarda legal y acogimiento).

Ley de 15 octubre 1990, modificó algunos artículos para su adaptación al principio constitucional de no discriminación por razón del sexo.

Ley de 15 enero 1996, sobre Protección Jurídica del Menor.

Ley 18 noviembre 2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad

Ley de 1 julio 2005, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Ley de 8 julio 2005, suprimió causas y redujo el plazo tanto para la separación como el para el divorcio.

Ley 28 diciembre 2007, sobre Adopción Internacional (modifica el art. 9.5 Cc)

Ley Registro Civil 21 julio 2011 (modifica el art. 30 Cc)

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

Todo ello sin olvidar que la D Derogatoria Única LEC 7 ENERO 2000, derogó, en materia de filiación, los arts. 127 – 130 entre otros.

EVOLUCIÓN DE SU CONCEPTO

Tradicionalmente, se consideraba el derecho de familia como derecho privado.

En contra de esta posición, en 1914 considera CICU que mientras en el derecho privado se satisfacen intereses individuales a través de la voluntad autónoma e independiente de cada uno de los miembros de la relación, en el derecho de familia no hay más que un interés único y superior y voluntad convergente a su satisfacción.

Por ello, señala dicho autor que el derecho de familia no es derecho privado sino una institución afín, aunque no integrada en el derecho público en cuanto adolece de una de sus principales características: la soberanía.

Partiendo de estos antecedentes, existen diferentes posiciones entre nuestros autores:

· BELTRAN DE HEREDIA, considera que el derecho de familia participa de la esencia del derecho público, por existir un interés común.

· SANCHEZ ROMAN, considera que es un tertium genus que, por su especial naturaleza no puede incluirse ni en el derecho público ni en el derecho privado.

· DE CASTRO, al que sigue la mayoría de la doctrina más reciente, incluye al derecho de familia en la categoría del derecho privado considerando que "no sólo no excede del marco de éste, sino que, en cuanto defensor de la persona, es la expresión más fiel y directa del principio rector del derecho privado"

Hay que restar importancia a la inclusión del Derecho de Familia en el ámbito del Derecho Público o Privado, habida cuenta de la crisis que sufre hoy en día esta distinción (más que criterios lógicos de distinción hay directrices metodológicas de adscripción, DIEZ PICAZO)

Lo que sí podemos destacar en la actualidad una doble tendencia en su seno:

* Una tendencia iuspublicista, que se manifiesta a través de un creciente intervencionismo de los poderes públicos en la vida familiar
* Y, en sentido contrario, una corriente iusprivatista, que se traduce en una progresiva democratización de las relaciones familiares.

#### SUS CARACTERES

Partiendo de su configuración como Derecho privado podemos destacar las siguientes características:

A) **El Derecho de familia en sentido objetivo**; sus normas se caracterizan por dos notas:

* Especial protección constitucional e internacional de la familia, núcleo social primario que sirve al libre desarrollo de la personalidad de sus miembros. Por ejemplo, arts. 18 (derecho a la intimidad personal y familiar), 27.3 (derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones), 35 (derecho de todos los españoles a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia) y sobretodo 39: "Los poderes publicos aseguran la proteccion social, económica y juridica de la familia.”
* El interés público que caracteriza el Derecho de Familia determina que muchas de sus normas sean imperativas (limitación del principio de autonomía de la voluntad).

B) **El Derecho de familia en sentido subjetivo**; los poderes y facultades que comporta se caracterizan por:

* Transpersonalismo: prima el interés supraindividual al interés de cada uno de los componentes.
* Su contenido es eminentemente ético. Por ello dice RUGGIERO gran parte de los derechos y deberes de familia son inaccesibles para el Derecho, esto es, no son en principio susceptibles de ejecución forzosa (ej. el deber de los hijos de respetar a los padres, art 155).
* Interpenetración de derechos y deberes. Los derechos se conceden en la generalidad de los casos para cumplir mejor los deberes, de ahí que BELTRAN DE HEREDIA hable de derechos funcionalizados o altruistas (auténticas potestades).
* Finalmente, por todo lo anterior, se configura usualmente como intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

#### EL MATRIMONIO: CONCEPTO

## En el Derecho romano se definía el matrimonio diciendo que nuptiae sunt coniúnctio máris et féminae et consórtium omnis vitae, divini et humani iuris comunicatio.

En el derecho actual, suele hablarse de matrimonio en dos sentidos:

· Por un lado como acto constitutivo del estado matrimonial, solemne y formal, en cuyo caso se habla del matrimonio "in fiéri"

· Por otro lado, el matrimonio como estado surgido de aquel acto, matrimonio "in fácto ésse".

Teniendo presente todo ello, puede definirse el matrimonio como la unión solemne entre dos personas dirigida a formar una plena y perfecta comunidad de vida y a la que el ordenamiento jurídico atribuye determinados efectos personales y patrimoniales.

El Tribunal Constitucional lo define como “institución jurídica de relevancia social que permite realizar la vida en común de la pareja”

Si bien, tradicionalmente el matrimonio sólo ha podido celebrarse entre hombre y mujer, ya la Dirección General (así, en resolución de 31 de enero de 2001) había permitido el matrimonio de un transexual con una persona de su sexo originario. Además, tras la reforma operada por la Ley de 1 de Julio de 2.005 puede éste ser celebrado entre personas del mismo sexo.

44 El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.

El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

Este art. ha sido declarado constitucional por STS 6 Noviembre 2012, acudiendo a una interpretación "evolutiva" (doctrina americana del “árbol vivo”) del art. 32 CE, acomodada a la percepción de la sociedad española actual (en la que el único hecho de que el matrimonio sea entre personas del mismo sexo no hace irreconocible la institución).

Adicionalmente la sentencia admite las adopciones por parejas homosexuales, dado que (afirma) no necesariamente chocan con la prioridad absoluta en este campo, a saber, el interés del menor (no existe certeza que permita afirmar actualmente que las condiciones de idoneidad para adoptar no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual).

#### Y NATURALEZA JURIDICA

Se discute si el matrimonio es o no un contrato.

TESIS CONTRACTUALISTAS

Se fundamentan en la voluntad concorde de los esposos y por ello en el consentimiento. Esta tesis se sostuvo durante los siglos XVII y XVIII y fue defendida por los canonistas.

Recientemente se ha criticado a esta postura desde tres puntos de vista. Porque:

* no es suficiente el acuerdo de voluntades de los contrayentes para que el matrimonio se entienda celebrado.
* los contrayentes no pueden regular a su antojo el contenido de la relación conyugal.
* la mayoría de las normas de los contratos son inaplicables al matrimonio

TESIS SUSTITUTIVAS

Se citan, entre otras, las siguientes. El matrimonio es:

* un contrato sui generis, personal y social (CIMBALI)
* una convención jurídica (SANCHEZ ROMAN)
* un acto del Estado (CICU), siendo la voluntad de los esposos un mero presupuesto o requisito para dicho acto estatal.
* un acto complejo formado por la voluntad concorde de tres personas: los esposos y la oficial del Estado (RUGGIERO)
* un negocio jurídico o de Derecho de Familia; a pesar de ser bilateral no es un contrato, pues lo que caracteriza a éste es su aspecto estrictamente patrimonial (ALBADALEJO, DIEZ PICAZO)

Por último, se defiende la tesis del matrimonio como institución, conjunto de reglas impuestas por el Estado que, formando un todo, despliegan sus efectos cuando las partes se adhieren manifestando su consentimiento (GIMENEZ FERNANDEZ)

#### SISTEMA MATRIMONIAL VIGENTE EN EL DERECHO ESPAÑOL

(EN GENERAL)

Los sistemas matrimoniales se definen como los criterios que establecen los ordenamientos respecto a la forma en que ha de celebrarse el matrimonio para que produzca efectos jurídicos.

Pueden ser de dos tipos:

**. Matrimonio como acto privado** Se admite su conclusión puramente consensual: fue característico del Derecho Romano en su última época y del Derecho Canónico anterior al Concilio de Trento 1547 (*matrimonio a iúras*).

**. Matrimonio como acto público y solemne**. Este admite cuatro sistemas:

De forma religiosa obligatoria: es el que rige en la Ciudad del Vaticano

De forma religiosa y civil subsidiaria (régimen franquista)

De forma civil obligatoria: se implantó en la Revolución francesa y ha sido adoptado por diversos países, como Francia, Alemania, Suiza...

Por último, sistema de la libre elección o facultativo: permite a los contrayentes celebrar el matrimonio en forma civil o en cualquiera de las formas religiosas previstas. Dentro de éste se distinguen:

* (dos clases de matrimonio) Modelo latino o católico, que reconoce civilmente la forma y régimen jurídico del matrimonio religioso
* (dos formas de matrimonio) El modelo protestante o anglosajón, que únicamente reconoce la mera formalidad religiosa, quedando el régimen jurídico del matrimonio configurado por la legislación del Estado. El matrimonio religioso sería una mera formalidad y no una clase de matrimonio.

(EN CONCRETO)

Señala el art 32 CE

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Por otro lado, en virtud del emplazamiento del art. 16.3 CE a mantener relaciones de cooperación con las confesiones religiosas, se celebraron **Los Acuerdos con la Sta Sede de 3 de enero de 1979** y los acuerdos de 1992.Por lo que respecta a la Iglesia Católica, el art 6.1 del acuerdo sobre asuntos jurídicos establece:

“El Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico"

A la vista de la Constitución y de dicho Acuerdo la doctrina se divide a la hora de interpretar si el Estado se obligaba a asumir una simple "forma" de matrimonio o si se admite el matrimonio canónico en sus perfiles institucionales.

* Para un sector de la doctrina -NAVARRO VALLS, SANCHO REBULLIDA- se sigue en nuestro Derecho la segunda doctrina, consagrándose un **sistema de matrimonio facultativo de tipo latino** (2 clases de matr).
* Otro sector -DIEZ-PICAZO- sostiene que en realidad sólo habría un matrimonio civil, quedando reducido el matrimonio canónico a un mero rito; se acepta así el **sistema facultativo de tipo anglosajón** (2 formas)**.** Los partidarios de este modelo se basan, además de en el art 32 CE (que se refiere a las formas y no a las clases), en los art 49 y 59 del CC, que hacen exclusiva referencia a las formas. Así:

Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España:

1. Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código.

2. En la forma religiosa legalmente prevista.

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración.

El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste.

Finalmente, debe advertirse que la práctica totalidad de la doctrina reconoce que, respecto a los matrimonios religiosos no católicos, se trata de un sistema facultativo de tipo anglosajón, ya que así resulta claramente de los **Acuerdos de cooperación del Estado de 10 noviembre 1992 con:**

**·** la Federación de Entidades Evangélicas de España

· la Federación de las Comunidades israelitas

· y con la Comisión Islámica de España

El art. 7 de todos ellos establece con claridad que la única peculiaridad de estos matrimonios radica en la forma o en los ritos, siendo en realidad civiles en sus aspectos institucionales

#### EFECTOS CIVILES DE LOS MATRIMONIOS RELIGIOSOS

60 El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el art. anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente"

61 El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil.

El matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

De ello se deriva que dicha inscripción repercute de la misma manera en el matrimonio celebrado en forma civil o religiosa, si bien respecto a éste último el art. 63:

La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.

Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título

El proceso para llegar a tal inscripción es distinto según se trate de matrimonio canónico o del celebrado con arreglo a otra confesión.

El **MATRIMONIO CANÓNICO** no requiere expediente civil (acuerdos con la Santa Sede de 3 enero 1979). Sí en cambio los demás (art. 60.2 Cc y Orden del Mº de Justicia de 19 de abril 2016, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso).

Tratándose del matrimonio canónico, todas las actuaciones hasta la práctica de la inscripción a que se refiere el art 65 se realizan sin intervención del Estado. Además, a tenor del Protocolo final del Acuerdo de 1979 la inscripción podrá celebrarse presentando, bien la **certificación eclesiástica del matrimonio**, que debe entregar a los esposos el párroco, inmediatamente después de su celebración, o, en su defecto, mediante el acta de celebración, que el párroco autorizante ha de remitir al encargado del RC correspondiente, en el plazo de 5 días.

**MATRIMONIO RELIGIOSO NO CATÓLICO,** regulado por los Convenios de 10 de noviembre de 1992 (también matrimonios celebrados en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España). Según la Orden del Mº de Justicia de 19 de abril 2016:

* Requiere la previa tramitación, conforme al art. 51 Cc, de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial (a los efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad de los contrayentes y la inexistencia de impedimentos exigidos por el Cc).
* Se expedirá por triplicado acta o resolución previa de capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al oficiante ante quien se vaya a celebrar el matrimonio (caduca a los seis meses de su fecha).
* Celebrado el matrimonio, el Ministro de culto extenderá en las copias de la resolución de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, que contendrá los requisitos para la inscripción y sobre cuya base se practicará esta.

Señalar por último que las referidas certificaciones de capacidad matrimonial y de la celebración del matrimonio han de adecuarse a los modelos que se incorporan como anexo a la OM 2016). Dichas certificaciones se editan por triplicado (un ejemplar para el RC, otro para el archivo del oficiante o entidad religiosa y otro para los contrayentes).

Debe finamente advertirse que de conformidad con el Art VI párrafo 2 del Acuerdo con la SS Santa Sede, la reforma 7 julio 1981 introdujo el art. 80 Cc, REMISION tema 85.

#### LA UNIÓN DE HECHO

Puede ser definida como una unión duradera, exclusiva y estable entre dos personas del mismo o distinto sexo y capacidad suficiente, que con ausencia de toda formalidad, desarrollan un modelo de vida en comunidad como cónyuges.

**Caracteres**. Son:

* La convivencia móre uxório
* La apariencia externa y social de comunidad de vida.
* La falta de cualquier vínculo formal entre los convivientes.

Régimen jurídico. Ante la ausencia de normativa en Dº Común, habrá que estar fundamentalmente a los pronunciamientos de los tribunales, pudiendo considerarse tales uniones como una manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad que consagra el art. 10 CE.

A nivel europeo, señalar 2 cooperaciones reforzadas (instadas entre otros por España, art. 328 TFUE). Se trata de sendos [REGLAMENTOS (UE)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.183.01.0001.01.SPA&toc=OJ:L:2016:183:TOC) 24 de junio de 2016 (aplicables en su mayor parte a partir del 29 de enero de 2019), por los que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de

. regímenes económicos matrimoniales

. efectos patrimoniales de las uniones registradas

**EFECTOS PERSONALES**

La Jurisp. viene reconociendo los ss efectos:

\* En relación de reciprocidad: **Respeto, ayuda y mutuo socorro.** Surgen como consecuencia de la convivencia, aunque ha de advertirse que son obligaciones de difícil exigencia, por su marcado carácter moral.

\* Efectos en relación con los hijos.

· Es de plena aplicación la equiparación de filiaciones establecida por el artículo 108. Así, en la patria potestad no hay distinción, pues deriva de la filiación.

· Adopción. La D.A. 3ª de la ley 11 noviembre 1987 permite adoptar conjuntamente a hombre y mujer integrantes de una pareja, posibilidad de adopción que varias leyes autonómicas (tales como Aragón, Navarra o País Vasco) extienden a la pareja homosexual. Así, también, una ley catalana de ~~8 de abril de~~ 2005, que modificó los antiguos Código de Familia de 1998 y Ley de uniones estables de pareja (derogados por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia). La modificación permite:

* que un miembro de la pareja homosexual adopte a los hijos del otro.
* que ambos adopten conjuntamente a menores ajenos

**EFECTOS PATRIMONIALES**

Primero **se estará a lo pactado,** dentro de los límites legales.

* La STS 18 mayo 1992 admite que se pacte expresamente la sociedad de gananciales o cualquier otro. La cuestión es dudosa, al menos en lo que a la eficacia frente a terceros de la SG respecta.
* El Libro II CCC permite que las parejas de hecho realicen adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia.

**En defecto de pacto,** no cabe aplicar analógicamente el régimen legal supletorio, sin que ello suponga una discriminación, pues falta la misma situación objetiva, como señala la sentencia de 19 de noviembre de 1990.

* Es de notar que la jurisprudencia mayoritaria (y legislación autonómica) rechaza la existencia de un **patrimonio común**, derivado de una Sociedad Civil o Comunidad de Bienes derivada de la voluntad expresa o tácita de las partes.
* En cuanto a la **vivienda habitual y ajuar,** no es aplicable el art. 1320 que requiere consentimiento de ambos cónyuges para su disposición.
* **Tratándose de vivienda arrendada,** la LAU 1994 da relevancia a las uniones de hecho (así, por ejemplo, posibilitando la subrogación inter vivos o mortis causa en los art 12 y 16)

**Disolución**

· **Por ruptura.** Los efectos serán los pactados. En su defecto, la Jurisprudencia reconoció en un primer momento un derecho a la indemnización basado en el enriquecimiento injusto; además, la sentencia de TS de 27 de marzo de 2001 reconoce a la pareja de hecho económicamente más débil el derecho de uso sobre la vivienda habitual (art 96). De forma rotunda rechaza la jurisprudencia la aplicación analógica del art. 97

· **Por muerte de uno de los conviventes.** Son extraños a efectos sucesorios, por lo que no tienen la consideración de legitimarios ni de herederos *abintestato*.

**Si bien el Estado no ha legislado de forma unitaria sobre la cuestión, las Comunidades Autónomas,** tras la publicación de la ley catalana de uniones Estables de pareja de 15 de julio de 1998, han ido regulando las uniones de hecho. Esta dispersión legislativa ha sido muy criticada por la doctrina, por la situación de inseguridad que genera, habiéndose planteado la ya difícil posibilidad de una Ley unitaria para todo el territorio nacional.

Ante la imposibilidad de abordar su estudio individualizado, señalar que:

* Todas ellas contemplan la unión estable con independencia de la orientación sexual, así como el régimen de publicidad y las repercusiones públicas y administrativas,
* Y las de los territorios con Derecho Foral les atribuyen, con mayor o menor extensión efectos personales y familiares, patrimoniales y sucesorios.

Destacamos:

* en **Cataluña** se le reconoce acción personal similar a la cuarta viudal o **Navarra** donde es llamado a la sucesión intestada así como al usufructo de fidelidad (Ley 253).
* Por su parte, equipara la disposición adicional tercera de la ley **gallega** de 14 de junio de 2006 el matrimonio a las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, atribuyendo a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que se reconocen a los cónyuges, siempre que tras la reforma de 28 de junio de 2007 se hayan inscrito en el Registro de Parejas de Hecho.
* En **Andalucía**, el art 17.2 de su Estatuto de Autonomía, modificado por Ley Orgánica de 19 de marzo de 2007, establece que en el ámbito de competencias de la CCAA, las parejas no casadas inscritas en el correspondiente Registro público gozarán de los mismos derechos que los casados.

Cierta luz a una futura ley estatal de uniones de hecho han venido a aportar las STC 11 abril y 23 abril 2013.

1.- **CCAA SIN Derecho foral o especial**. La STC Pleno 11 abril 2013 declara inconstitucionales y nulos determinados arts. de la Ley de la CCAA de Madrid de 19 de diciembre de 2011, de uniones de hecho, por invadir –recordemos que la Comunidad de Madrid no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial- competencias estatales ( art. 149.1.8 CE).

En cambio declara constitucionales la regulación del Registro de Parejas de Hecho (eso sí, limitado a efectos administrativos, no civiles, no entrando así en 149.1.8) y los beneficios que establece respecto de la Función Pública (que tampoco entran en art. 149.1.18, que reserva al Estado ‘las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos’).

2.- **CCAA SIN Derecho foral o especial**. La STC Pleno 23 de abril de 2013, declara la inconstitucionalidad de varios de los artículos de la Ley Navarra 6/2000, de 3 de abril, “para la igualdad jurídica de las parejas estables”.

El recurso de inconstitucionalidad se fundamentó entre otros motivos en:

. 149.1.8 (invasión por el legislador foral de la competencia estatal para regular las “**formas del matrimonio**”). NO SE ADMITE este motivo *(que habría supuesto la inconstitucionalidad en bloque de toda la ley).*

Parejas de  hecho y matrimonio son realidades distintas: la unión de hecho *more uxorio no* es una institución constitucionalmente garantizada (no hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento).

. Violación de los arts. 10.1 (y 18.1) CE. SE ADMITE.

El principio del **libre desarrollo de la personalidad**, afirma nuestro TC, exige que las partes puedan ordenar su convivencia conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional (“no resulta razonable que esa situación de hecho sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja”).

. 141.1.8 (invasión de la competencia estatal para fijar las **normas para resolver conflictos de leyes**). SE ADMITE.

El TC afirma que la ausencia en la legislación estatal de regla específica al respecto no autoriza al legislador foral para invadir una materia reservada al Estado pues es evidente que las competencias no decaen por el hecho de no haber sido ejercitadas.

La importancia de esta sentencia va más allá de su concreto objeto:

**♣** No solo perfila las competencias legislativas en este ámbito de las CCAA sino también las del propio Estado central, al fundar en gran medida su argumentación, como queda dicho, más sobre la libertad de pacto de las partes que sobre la distribución de competencias. Está pues llamada a moldear la futurible ley estatal de parejas de hecho, en la que no sé podrá incidir de nuevo en regulaciones imperativas (o aún dispositivas pero aplicables “en defecto de pacto”, sin consideración a la voluntad de los particulares). Así, entre otros, considera inconstitucionales:

* La **definición de la pareja de hecho *ipso iure*** por el transcurso de un año de convivencia, o por la mera convivencia, sin plazo determinado, si existiera descendencia común.
* El efecto de **extinción de los poderes** que un conviviente otorgó al otro en caso de extinción de la pareja.
* El establecimiento de unas normas mínimas que regulan la relación de convivencia imperativas (pensión semejante al **97 Cc** a la extinción de la pareja o indemnización por trabajo semejante a **1438 Cc**) o aún dispositivas pero aplicables sin indagar la voluntad de las partes (semejante a **1318**).
* El establecimiento de una **responsabilidad solidaria** de los convivientes frente a terceros, por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención de los hijos comunes.
* La equiparación del conviviente al cónyuge "en cuanto a la aplicación de las disposiciones relacionadas con la **tutela**, la curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad" o en **materia sucesoria** (prescindiendo de la voluntad del causante).

**♣** Puede afectar por ejemplo a la aplicación de la Disposición Adicional 3ª de Ley de Derecho Civil de Galicia. Y a otras normativas autonómicas.

#### y LA SEPARACIÓN DE HECHO

Según CAMARA existe separación de hecho cuando ambos cónyuges convienen, o uno de ellos impone al otro, vivir separados con el propósito fundamental de interrumpir o extinguir la convivencia, sin intervención del órgano público a quien legalmente compete el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el ámbito de las relaciones conyugales.

**Régimen jurídico**. No supone un cambio del estado civil, pero si una cualificación del mismo que no tiene acceso al RC (salvo acaso al amparo del art. 1333 Cc, en cuanto “hecho” que aunque propiamente no modifica sí afecta al REM; en tal sentido el art. 60 de la nueva LRC 2011 -en vigor 2017- dispone que “Junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo”).

En el ámbito de la FAMILIA

* Antes de la reforma de 8 de julio de 2005 era **causa legal para la separación judicial y para el divorcio** (artículo 82 –redacción NO vigente - y 86 del Código Civil).
* Cesa la preferencia al llamamiento a la representación legal del ausente, tutela o curatela (artículo 184, 234, 291 Código Civil).
* Efectos en relación con los hijos

Deja de regir la presunción de paternidad (11) si bien 118

116 Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

118 Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.

Art 156 in fine

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.

Art 159

Si los padres viviesen separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor deben quedar los menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

Art 320

El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres:… 2.° Cuando los padres vivieren separados.

EFECTOS PATRIMONIALES

**Primero se estará a lo pactado**. El **otorgamiento de Escritura Pública** será indispensable cuando los acuerdos contengan pactos que así lo requieran, como la modificación y liquidación del REM. Se discute la licitud de algunos pactos:

\* En relación con el pacto que decida con quién han de convivir los hijos. La opinión mayoritaria es que dicho pacto es válido, puesto que el art 159 Cc permite que los padres decidan de común acuerdo con quién han de convivir los hijos.

\* En relación con el pacto que regule el ejercicio de la patria potestad. La opinión mayoritaria es que tal pacto es nulo de pleno derecho, ya que los artículos que regulan la patria potestad tienen carácter imperativo y todo pacto contrario a una norma imperativa es nulo de pleno derecho.

**En defecto de pacto:**

**REM.** **Régimen de gananciales** se ve afectado aunque no se extingue. No obstante, STS 21 XII 1998. Separados de hecho libremente los cónyuges y muerto posteriormente uno de ellos, los bienes a liquidar son los que existían al tiempo de la separación, no los adquiridos después. La pretensión de extender a éstos las ganancias es contraria a la buena fe e implica un manifiesto abuso de derecho.

1368 También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales.

1388 Los Tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho.

1393.3 También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes:… 3.° Llevar separado de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

**Régimen de participación,** además de ser causa de extinción (art 1415*: El régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales…*), cesa también la comunicación de ganancias (MORALES).

1442 Declarado un cónyuge en concurso, serán de aplicación las disposiciones de la legislación concursal.

Art 78 LC (no es literal). Declarado un cónyuge en concurso casado en régimen de separación de bienes, se presumirá, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge

la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso (cuando la contraprestación proceda del patrimonio del concursado),

la mitad de la contraprestación satisfecha por éste para tal fin (cuando no pueda probarse la procedencia de la contraprestación), siempre que la adquisición se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso.

Estas presunciones no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho.

EFECTOS SUCESORIOS

Se pierden los derechos a suceder abintestato, así como su derecho a la legítima. **945 y 834** Cc.