

Recibido: 30 julio 2021
Aceptado: 7 octubre 2021

El Reglamento (UE) 1104/2016 en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas y las parejas de hecho en el País Vasco

Nerea MAGALLÓN ELOSEGUI*

Sumario: I. Introducción. II. La constitución de la unión registrada: una cuestión “preliminar” excluida del ámbito de aplicación del Reglamento 1104. 1. La constitución de la unión en el Reglamento 1104 como una cuestión previa en clave conflictual. 2. La ley aplicable a la constitución de la unión registrada en el ordenamiento español. 3. La constitución de la unión registrada en la Ley vasca de parejas de hecho. 4. El reconocimiento de la unión registrada constituida en el extranjero como método que desplazaría la necesidad de plantear cuestión previa. III. La ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas transfronterizas y la Ley vasca de parejas de hecho. 1. La inexistencia de una definición completa de unión registrada y el ámbito de aplicación del Reglamento 1104. 2. La ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas de carácter transfronterizo y la remisión a ordenamientos plurilegislativos. 3. La aplicación de la Ley vasca de parejas de hecho a los efectos patrimoniales de la unión registrada. IV. Conclusiones.

RESUMEN: La aprobación del Reglamento europeo sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas vuelve a poner de manifiesto los problemas derivados de la ausencia en el ordenamiento español de una regulación material y conflictual sobre parejas de hecho. En este trabajo se analiza cuál es la ley aplicable cuando el instrumento europeo señala la ley española ante la pluralidad de leyes coexistentes derivada de la actividad legislativa desarrollada en las Comunidades Autónomas. En concreto, examinaremos qué posibilidades hay de aplicar la Ley vasca de parejas de hecho y cuáles son las opciones más acordes con los principios que subyacen en este ámbito.

PALABRAS CLAVE:: UNIONES REGISTRADAS–EFECTOS PATRIMONIALES– PAREJAS DE HECHO PAIS VASCO– ORDENAMIENTOS PLURILEGSLATIVOS–CONFLICTOS DE LEYES INTERNOS.

The Council Regulation (EU) 2016/1104 in matters of the property consequences of registered partnerships and unmarried couples in the Basque Country

* Profesora e investigadora Ramón y Cajal de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

Abstract: The endorsement of the European Regulation on the patrimonial effects of registered partnerships reveal again the problems arising from the non-attendance in the Spanish legal system of a material and conflictual regulation on unmarried couples. This paper analyses which law is applicable when the European instrument refers to Spanish law to confront the plurality laws derived from the legislative activity at the Autonomous Communities. Specifically, we will examine what possibilities exist to applying the Basque Law on unmarried couples and which options are agree with the basics principles underlying this field

KEYWORDS: REGISTERED PARTNERSHIPS–COUNCIL REGULATION–PROPERTY CONSEQUENCES–UNMARRIED COUPLES–BASQUE COUNTRY– STATES WITH MORE THAN ONE LEGAL SYSTEM–TERRITORIAL CONFLICTS OF LAWS

I. INTRODUCCIÓN

1. La entrada en vigor y posterior aplicación del Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas¹ (Reglamento 1104), a partir del 29 de enero de 2019, nos ha recordado la especial relevancia que posee la regulación de las parejas de hecho y las incertidumbres preexistentes al respecto en el ordenamiento español desde el punto de vista de Derecho Internacional privado.

Siendo un tema que alcanzó gran protagonismo en nuestro país a principios del siglo XXI, con la proliferación de leyes autonómicas que regulaban las parejas de hecho, ha ido perdiendo visibilidad ya sea por el hartazgo de aquellos que pusimos el acento en los problemas que causaba la ausencia de una ley estatal sustantiva y de una norma de conflicto específica que designara la ley aplicable a las “uniones estables”, “parejas de hecho no casadas”, “uniones civiles de parejas” u otras instituciones análogas (a partir de este momento uniones estables), o por la mediática aprobación de la denominada Ley de matrimonio homosexual².

2. En la actualidad, a la diversidad de leyes existentes a nivel internacional y la coexistencia de leyes a nivel autonómico, se ha unido la norma de origen europeo resucitando parte de los problemas derivados de su regulación en el ordenamiento español e introduciendo otros vinculados a la interacción entre los distintos instrumentos normativos. El Reglamento 1104 se compone de normas de competencia, de ley aplicable y de reconocimiento,

¹ DO L183, de 8.7.2016.

² Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, BOE 2.7.2005.

pero en este trabajo nos vamos a centrar, únicamente, en las novedades que aporta al sistema de Derecho Internacional privado español en el ámbito de Derecho aplicable.

3. La complejidad se plantea, desde el punto de vista de la convivencia entre normas emanadas de distintas fuentes y de la delimitación de sus respectivos ámbitos de aplicación. A la diversidad material característica de esta materia y a la diversidad conflictual de los ordenamientos europeos, se le añade un intento de unificación europeo aderezado por la inexistencia de una norma de conflicto española y por los múltiples criterios utilizados por las leyes autonómicas que delimitan sus respectivos ámbitos a través de normas unilaterales. La posibilidad de que a través del Reglamento 1104 la resolución de un conflicto de leyes internacional apele al sistema de resolución de conflictos de leyes internos está supeditada, en nuestro ordenamiento, a una pluralidad legislativa heterogénea que debe ser ordenada por una norma de conflicto estatal que no existe.

4. El análisis de este trabajo toma como punto de partida la regulación de uniones estables en el País Vasco, cuya Ley 2/2003, de 7 de mayo³, reguladora de las parejas de hecho ha visto modificado su ámbito de aplicación personal a través de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil vasco (Ley de Derecho Civil vasco), estableciendo nuevas incertidumbres⁴. La Ley de Derecho Civil vasco sustituye el criterio de la vecindad administrativa de uno de los integrantes de la unión, utilizado por la Ley vasca de parejas de hecho, por el criterio de vecindad civil que se une a la inscripción obligatoria en el Registro como requisito para constituir una unión registrada conforme a la normativa vasca.

5. Los dilemas suscitados tras citada modificación afectan directamente a la hipotética aplicación de la Ley vasca de parejas de hecho para ordenar los efectos patrimoniales de las uniones registradas de carácter transfronterizo y vienen marcados por el encuentro entre conflictos de leyes internacionales y conflictos de leyes internos auspiciado por el advenimiento del Reglamento europeo.

6. La finalidad de este trabajo es analizar la relación entre el ordenamiento vasco y el instrumento europeo en este complejo entramado

³ BOPV, nº 100, de 23/05/2003.

⁴ Vid., L. Garau Juaneda, "Un paso más en la errática determinación del ámbito de aplicación de las normas autonómicas en materia de parejas de hecho: la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco", *Bitácora Millenium*, nº 6, julio-diciembre 2017 y A. Urrutia y F. de B. Iriarte Ángel, "La espinosa cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho registradas y los conflictos internos: una visión desde el País Vasco", *Bitácora Millenium*, nº 7, 2018.

normativo, exponiendo las dificultades derivadas tanto de la coexistencia de normas como de la ausencia de las mismas. Todo ello, no solo con el objetivo de insistir en las deficiencias del sistema de Derecho Internacional privado y de Derecho Interregional español, sino de proponer posibles vías de avenencia que faciliten la proyección práctica de ambas normas sobre la realidad social de las uniones estables en el País Vasco.

7. La eventual confluencia entre la Ley vasca de parejas de hecho y el Reglamento 1104 responde a dos momentos distintos que debemos diferenciar, ambos afectados por la desidia legislativa del legislador estatal en materia de uniones estables. En primer lugar, atenderemos al método para delimitar la ley aplicable a la constitución de la pareja como cuestión previa (II). La determinación de la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la pareja exige validar su existencia y la ausencia de una norma de conflicto estatal que ordene la ley aplicable a su constitución nos lleva a analizar en qué situaciones puede llegar a ser determinada conforme a la Ley vasca de parejas de hecho. En segundo lugar, su encuentro se suscita al tiempo de determinar la ley aplicable a sus efectos (III). Sabiendo que el legislador estatal no ha previsto norma de conflicto aplicable a los efectos patrimoniales y que, sin embargo, las Comunidades Autónomas han desplegado su capacidad normativa hasta las últimas consecuencias la potencial aplicación del Reglamento 1104 a la resolución de conflictos de leyes a nivel interno queda abierta a través de la remisión a ordenamientos plurilegislativos. El desconcierto que se plantea es, sin duda, difícil de sortear sin la ayuda del legislador estatal, pero, mientras su falta de diligencia perdure, propondremos las soluciones más acordes con los principios que, en nuestra opinión, subyacen a la regulación de las uniones estables (IV).

II. LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN REGISTRADA: UNA CUESTIÓN “PRELIMINAR” EXCLUIDA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 1104

1. La constitución de la unión en el Reglamento 1104 como una cuestión previa en clave conflictual

8. El Reglamento 1104 limita su ámbito de aplicación material a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, excluyendo claramente, a tenor de su primer artículo, una serie de cuestiones entre las que se encuentra su existencia, validez y reconocimiento. A pesar de ello, la determinación de la existencia, o no, de una pareja registrada es crucial

porque de ello dependerá la confirmación del estatus que conlleva la consecución de los efectos patrimoniales legalmente establecidos. El Reglamento 1104 se ocupa de la ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas transfronterizas y, por tanto, señalará la ley que regula los efectos derivados de esa unión, pero no establece quiénes pueden constituir una unión registrada, ni qué requisitos debemos considerar para determinar la existencia válida del tipo de unión de la que van a emanar tales efectos.

9. Efectivamente, el Reglamento 1104 extrae de su ámbito de aplicación material “la existencia, validez, y reconocimiento de una unión registrada” dejando fuera las normas de conflicto en este campo. Ello, en cierto modo, le permite esquivar una mayor determinación de su ámbito de aplicación *ratione personae*⁵ pero, al mismo tiempo, comporta la necesidad de convenir cuándo nos hallamos ante una unión registrada y el método que vamos a utilizar para atender a ese requerimiento. La ausencia de armonización europea sobre el concepto de unión registrada⁶ nos insta a plantear las distintas opciones que se nos presentan con el objetivo de establecer cuándo se realizará tal determinación conforme a la Ley vasca de parejas de hecho⁷.

10. Partiendo de un primer planteamiento en clave conflictual, la cuestión que abordamos se dirige a concretar qué instrumento vamos a utilizar para señalar la ley que establecerá si nos hallamos ante la existencia de una unión registrada. Tal y como se extrae del considerando 21 del Reglamento 1104, la constitución de la unión registrada es una cuestión preliminar que queda excluida de su ámbito de aplicación y, por ende, permanece sometida al Derecho nacional de los Estados miembros, “incluidas sus normas de Derecho Internacional privado”. La sustracción de esta cuestión del ámbito de aplicación del Reglamento 1104, y la inexistencia de otro instrumento de origen europeo en la materia, nos conduce a buscar la solución en los ordenamientos autónomos de los Estados miembros y, entre ellos, en el ordenamiento español. El Reglamento de uniones registradas reproduce la solución adoptada por el Reglamento 1103/2016, del Consejo de 24 de

⁵ De esta forma consiga guardar cierta neutralidad frente a las enormes diferencias existentes en las legislaciones de los Estados miembros en temas tan sensibles como la orientación sexual de las parejas, tal y como pone de manifiesto, M. Soto Moya, “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado”, *REEL*, nº 35, 2018, pp. 15–16.

⁶ E. Rodríguez Pineau, “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta del Reglamento del Consejo”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 937–955, esp. pp. 946–947.

⁷ Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho de la Comunidad Autónoma País Vasco, BOPV, nº 100, de 23 de mayo de 2003.

junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales⁸ que, también, excluye de su ámbito de aplicación “la existencia, validez o reconocimiento del matrimonio” (art. 1.2.b) y, a través de idéntica formulación, la remite a los ordenamientos nacionales⁹.

11. Ahora bien, del tenor del considerando 21, entre las distintas opciones existentes para establecer la ley aplicable a la constitución de la pareja cuando se plantea como una cuestión previa sometida a las normas del ordenamiento jurídico del foro, se pueden extraer dos posibilidades. Por un lado, prosiguiendo en clave conflictual, cabe deducir que el Reglamento se ha decantado por *lex formalis fori* o solución independiente de la cuestión principal, que recurre a las normas de conflicto del ordenamiento jurídico del foro para establecer cuál es la ley aplicable a la cuestión previa –en nuestro caso a la constitución de la pareja– como si se hubiera planteado en calidad de cuestión principal. Conforme a ello, la cuestión previa es apreciada como una cuestión independiente que merece el mismo tratamiento que la cuestión principal¹⁰. De esta forma, el Reglamento 1104 prescinde de la posibilidad de acudir a *lex formalis causae*, o solución dependiente, que trasladaría la solución de la cuestión previa a las normas de conflicto de la ley aplicable a la cuestión principal, es decir, a las normas de conflicto del ordenamiento que regula los efectos patrimoniales según el Reglamento 1104.

12. El tratamiento de la cuestión previa de forma autónoma se fundamenta en la interdependencia de ambas cuestiones y en la ubicación cronológica de la cuestión previa o preliminar en un momento anterior a la cuestión principal. Esta opción, presupone la subordinación de la cuestión principal a la cuestión previa que es relegada a un momento posterior. En las uniones registradas mencionada subordinación se traduce en que no causará efectos aquello que no existe, así que no se derivarán efectos patrimoniales si la existencia de la pareja registrada no es válida, con lo que cronológicamente la constitución de la pareja es anterior a sus efectos

⁸ DO L183 de 8.7.2016.

⁹ Vid. P. Jiménez Blanco, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: un estudio del Reglamento nº 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 41–42; R. Arenas García “Concepto y tratamiento del matrimonio en el Derecho internacional privado europeo”, *La Ley: Derecho de familia*, nº 26, abril–junio 2020, pp. 22 ss.

¹⁰ P. Lagarde, “La règle de conflit applicable aux questions préleables”, *Rev.crit.DIP.* 1960, pp. 460–484, p. 460; E. Pecourt García, “Problemática de la cuestión preliminar en Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho español y americano*, 1966, pp. 11–60.

patrimoniales¹¹, aunque se plantee con carácter posterior y como consecuencia de la fijación de dichos efectos¹². Esta opción ya ha sido elegida, previamente, por el legislador europeo en el Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III)¹³, que se refiere a la capacidad jurídica y la validez del matrimonio (entre otros asuntos) como cuestiones preliminares que deben ser determinadas por las normas sobre conflicto de leyes aplicables en cada Estado miembro¹⁴.

13. Ahora bien, el Reglamento no está redactado en los mismos términos que el considerando 20 del Reglamento Roma III, sino que opta por una remisión global al ordenamiento jurídico del foro incluidas sus normas de Derecho Internacional privado que, a diferencia del anterior, no alude específicamente a sus normas de conflicto. Ello nos permite concebir una interpretación más flexible que dejaría abierta la posibilidad de acudir directamente a la ley material del ordenamiento del foro para resolver la cuestión previa. Si así fuera, la remisión realizada al ordenamiento jurídico del foro tomado en su totalidad no se referiría en exclusiva a sus normas de conflicto y se trasladaría la decisión al juez del foro que deberá decidir resolver la cuestión de la existencia de la pareja registrada recurriendo a las normas de conflicto de su ordenamiento o directamente conforme a su ley material. Pero esta opción no nos parece adecuada y tampoco soluciona ninguno de los interrogantes que se suscitan.

2. La ley aplicable a la constitución de la unión registrada en el ordenamiento español

14. Siguiendo la primera opción de las estipuladas con anterioridad cuando el juez español haya establecido la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la pareja registrada, antes de aplicar la ley material

¹¹ En el mismo sentido proyectado sobre los efectos sucesorios y una filiación adoptiva, *vid.*, P. Lagarde, “La règle de conflit...”, *loc. cit.*, p. 460.

¹² E. Pecourt García, “Problemática...”, *loc. cit.*, p. 16; P. Lagarde, “La règle de conflit...”, *loc. cit.*, p. 461; PH. Francescakis, *La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, p. 211.

¹³ DO L 343 de 29.12.2010.

¹⁴ Considerando 10: “Las cuestiones prejudiciales como la capacidad jurídica y la validez del matrimonio, y cuestiones como los efectos del divorcio o la separación judicial en el patrimonio el apellido, la responsabilidad parental, las obligaciones alimentarias u otras posibles medidas accesorias deben ser determinadas por las normas de conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate”. Al respecto S. Álvarez González, “¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?”, *REDI*, vol. LXIX, 2017, 1, pp. 19–48, que establece que el legislador europeo ha optado por la solución independiente de la cuestión previa, p. 38.

señalada por el Reglamento 1104, deberá atender a la validez de la constitución de la unión acudiendo a las normas de conflicto del foro (*lex formalis fori*) que señalaran la ley material cuyos requisitos deberá cumplir para corroborar su existencia. En este momento resurge la enorme disparidad que caracteriza desde un punto de vista material a las uniones *more uxorio* y se traslada al régimen de Derecho Internacional privado de los Estados (miembros) que apuestan por distintas soluciones. Así, algunos ordenamientos como el francés, el alemán o el belga tienen normas de conflicto particulares y específicas dirigidas a determinar la ley aplicable a la existencia de las uniones estables (ya sean registradas o no), otros hacen extensiva la normativa existente en materia de matrimonio y algunos, como el ordenamiento español, ni tienen normativa específica ni prevén cómo se debe proceder¹⁵.

15. Según el Reglamento 1104, cuando un juez español se disponga a establecer qué ley aplicar a los efectos patrimoniales de una unión registrada de carácter transfronterizo deberá acudir para validar la unión al ordenamiento jurídico español, en principio, a sus normas de conflicto. No obstante, en el ordenamiento jurídico español no existen normas de conflicto, ni internacionales ni estatales, que designen la ley aplicable a la constitución de la pareja registrada (tampoco a las uniones estables) así que ante el vacío legal habremos de construir una solución que puede partir de las normas existentes, mediante la aplicación analógica de otra norma de conflicto, o buscar una norma de conflicto autónoma¹⁶.

16. Con tal objetivo, emprendemos el camino haciendo una previa calificación de la relación jurídica que subyace a la unión *more uxorio*¹⁷ en la que prescindimos de las posibilidades que rodean a las parejas de hecho “fácticas”¹⁸ para centrarnos en las parejas registradas. Lo primero que

¹⁵ Puede verse un estudio de Derecho comparado en torno a la constitución de la unión en los Estados miembros que conocen la institución de registrada en C. González Beilfuss, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 96–140 y M. Martín Casals, “Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho”, *ADC*, 1995, pp. 1709–1808; H. Gaudemet-Tallon, “Le désunion de couple en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 226, 1991, pp. 9 ss.

¹⁶ C. González Beilfuss, *Parejas...*, *op.cit.*, p. 111. Posibilidades analizadas con anterioridad por la autora *vid.*, N. Magallón y O. Fotinopoulou, “La pensión de viudedad y las parejas de hecho: análisis de la remisión efectuada por el art. 174.3 de la LGSS a las CCAA con Derecho civil propio para regular los requisitos de acceso a la prestación de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho social*, nº 48, 2009, pp. 185–217.

¹⁷ H. Gaudemet-Tallon, “La désunion de couple en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 226, 1991, p. 9 ss; C. González Beilfuss, *Parejas...*, *op.cit.*, p. 94–95.

¹⁸ *Id.*, S. Sánchez Lorenzo, “Las parejas no casadas ante el Derecho Internacional privado”, *REDI*, vol. XLI, pp. 487–532; P-Y, Gautier, “Les couples internationaux des concubins”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991–1993, pp. 524–539; N. Magallón Elosegui, “Las leyes de parejas de hecho y sus distintos criterios de aplicación: un problema de Derecho interregional”, en *Guía práctica sobre*

subrayamos es que la configuración legal de las uniones registradas ha supuesto una “institucionalización” de la pareja que comporta un cambio cualitativo del que emana un nuevo modelo formal vinculado a esa configuración legal. Ciertamente, desde el momento en el que concurre una norma y que su ámbito no abarca todas las situaciones sino solo las que cumplen los requisitos estipulados por ley, nos encontramos ante un nuevo fenómeno familiar que, como tal, se merece una conexión autónoma y específica, al menos en cuanto a su constitución¹⁹.

17. En concreto, respecto a la constitución de la unión registrada, el sometimiento a un “acto fundacional” en el que la pareja presta su consentimiento, entendido como elemento obligatorio para la aplicación de la norma, que, en cierto modo, modifica el estatus de la pareja y del que derivan una serie de efectos, nos hace inclinarnos por la ley del lugar del Registro en el que se ha inscrito la pareja por primera vez²⁰. La ley del Registro se erige en *lex celebrationis* y, en calidad de ley conforme a la que se ha constituido la unión en cumplimiento de los requisitos allí estipulados, se concibe como ley que debe regir su existencia. La concurrencia de un acto formal avalado por la autonomía de la voluntad de las partes justifica definitivamente la aplicación de dicha ley a su constitución²¹. Además, la inscripción de la pareja en un Registro determinado supone la vinculación de la pareja con ese territorio, ya sea por la voluntad de conformar el tipo de pareja existente en ese lugar, o porque para el acceso al registro se exige algún tipo de vinculación con el mismo como la residencia o nacionalidad.

el régimen jurídico de las parejas de hecho, R. Castillejo (dir.), Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2012, pp. 165–196, p. 183–185.

¹⁹ En el mismo sentido, *vid.*, E. Pérez Vera, “Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español”, en *Estatuto personal y Multiculturalidad de la familia*, J. L. Iriarte y A. Calvo Caravaca (drs.), Madrid, Colex 2000, p. 138.

²⁰ No se ha optado por la ley del Registro de su residencia porque ello podría llevarnos a un Estado que desconozca la institución, tal y como pone de manifiesto en referencia al art. 26 del Reglamento 1104, M. Soto Moya, “El Reglamento...”, *loc. cit.*, p. 26, en el mismo sentido M. A., Cebrián Salvat, “Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho Internacional privado español”, *CDT*, vol. 10, n° 1, 2018, pp. 127–143, p. 139.

²¹ A favor de esta opción, M.E. Zabalo Escudero, *La legislación autonómica sobre parejas de hecho y los conflictos de leyes internos*, Manuales de formación continuada, n° 28, CGPJ, 2004, pp. 63–65. Esta misma solución se contempla en el ordenamiento alemán, en el art 17 EGBGB tal y como pone de relieve A. Quiñones Escámez en “Eficacia extraterritorial de las uniones de pareja: nuevas normas de Derecho Internacional Privado en la Ley alemana (2001)”, *RJC*, vol. 101, n° 3, 2002, pp. 833–858 y en el ordenamiento francés cuyo art. 517.7.1. establece que “Les conditions de formation et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l’Etat de l’autorité qui a procédé à son enregistrement”, *vid.*, P. Hammje, “Réflexions sur l’article 515–7–1 du Code Civil (Loi n° 2009–526 du 12 mai 2009, article 1°)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, n° 3, 2009, pp. 483–491; también art. 60, Loi portant le Code de Droit International Privé, de 16 de julio de 2004.

18. Designada la ley del Registro en el que se ha inscrito la unión por primera vez para validar la existencia de la misma y hallándose dicho Registro en territorio español la constitución de la pareja se regulará por la ley material española (globalmente considerada)²². Sin embargo, en el ordenamiento español existen casi tantas leyes sustantivas de parejas de hecho como Comunidades Autónomas (CC AA) y no concurre una ley estatal en este ámbito lo que nos sitúa ante la siguiente pregunta: ¿qué ley de las coexistentes en el territorio español se aplicará? y ¿por qué?

19. Nos encontramos ante un conflicto internacional cuya resolución queda supeditada a la de los conflictos de leyes internos aunque no pierde su condición de conflicto derivado de una situación internacional²³. En estos supuestos, la solución al problema de remisión a un ordenamiento plurilegislativo la deberemos buscar, en el caso de normas de origen europeo, instrumento por instrumento, y en las pautas sobre cómo resolver los problemas de aplicación de la norma de conflicto integradas en el CC, para el supuesto de aplicación de normas de conflicto de origen interno.

Para dilucidar el ordenamiento jurídico aplicable de los coexistentes en el ordenamiento jurídico español acudiremos al art. 12.5º Cc que establece cómo proceder cuando la ley señalada por la norma de conflicto de origen interno es la de un ordenamiento plurilegislativo. El legislador español ha optado por un sistema de remisión indirecta²⁴, en tanto instituye que: cuando una norma de conflicto señale a la legislación de un Estado plurilegislativo la identificación de la ley aplicable se realizará conforme a la legislación de ese Estado²⁵. Por tanto, el sistema de resolución de conflictos

²² A. Borrás, "Les ordres plurilegislatifs dans le droit international privé actuel", *Recueil des Cours*, t. 249, 1994-V, pp. 145-368.

²³ Se resalta esta idea con el objetivo de subrayar que no se convierte en un conflicto interno sino que se plantea desde la perspectiva de la "potencial" interrelación entre ambos niveles: "Las normas de conflicto que han identificado la ley aplicable como la de un Estado plurilegislativo no pasan el testigo a las normas internas, para que estas asuman la tarea como si se tratase de un caso meramente interno", tal y como pone de manifiesto S. Álvarez González, "El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o simplemente llamativos", *Revista de Derecho Civil*, vol. II, nº 4, 2015, pp. 7-82, esp. p. 14.

²⁴ M.P. Andrés Sáenz de Santa María, "El art. 12.5º del Código Civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo", *RGLJ*, 1978, pp. 59-75, esp. p. 60.

²⁵ Sobre los modelos para establecer la cuál es la ley aplicable entre las coexistentes en un modelo plurilegislativo: P. Quinza Redondo y G. Chistandl, "Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español", *InDret*, julio, 2013; S. Álvarez González, "El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones y la remisión...", *loc. cit.*, pp. 7-82; N. Magallón Elósegui, "El Reglamento de sucesiones y los sistemas plurilegislativos: el caso español", *Jado*, año XII, nº 25, 2013, pp. 343-355.

internos o Derecho interregional establecerá cuál de las leyes coexistentes en el territorio español será la definitivamente aplicable.

20. Como ya sabemos el ordenamiento jurídico español no contiene un sistema específico de Derecho Interregional y se limita a hacer una remisión al sistema de Derecho Internacional Privado con alguna leve matización dirigida a adecuar el régimen de resolución de conflictos internacional a aquellos conflictos de leyes producidos a nivel interno que no satisface las exigencias del sistema. La acuciante necesidad de hacer frente a esta laguna²⁶ se pone definitivamente de manifiesto con la promulgación de los últimos Reglamento europeos de Derecho de familia y sucesiones y, de modo particular, en el ámbito de las uniones *more uxorio*²⁷. Es menester recordar que la configuración del Derecho Interregional se articula en torno a la vecindad civil como criterio de determinación de la ley personal que delimita la sujeción a un ordenamiento civil común o foral (arts. 14 y 16 Cc) y, sin embargo, la regulación sobre parejas estables desarrollada en el interior de nuestras fronteras no ha sido abordada únicamente por las CC AA con competencia en Derecho civil foral o especial. Asimismo, la naturaleza personal de la vecindad civil como criterio de sujeción a los distintos ordenamientos civiles sobre el que se cimienta el sistema de Derecho interregional no resulta operativa cuando el punto de conexión elegido es de naturaleza territorial, como es el caso de la ley del Registro designada para ordenar la constitución de la unión registrada. En definitiva, acorde al art. 16 Cc, en lo que a las uniones registradas respecta, consideramos, que la ley del Registro servirá para establecer la ley aplicable a la constitución de la unión tanto a nivel internacional como a nivel interno.

3. La constitución de la unión registrada en la Ley vasca de parejas de hecho

21. La aplicación de la ley del lugar donde la pareja se ha registrado por primera vez como norma de conflicto de resolución de conflictos de leyes internos nos constriñe a hacer una primera clasificación de las distintas normas de parejas de hecho que depende del fundamento competencial que subyace bajo la actividad normativa de los legisladores autonómicos. Teniendo en cuenta que no todas las CC AA tienen competencia en Derecho

²⁶ La exigencia de elaborar una Ley de Derecho interregional viene siendo reivindicada por la doctrina desde hace tiempo, entre otros: A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Colección *De Conflictu Legum*, nº 10, Santiago de Compostela, 2007; S. Álvarez González, "Derecho interregional. Claves para una reforma", *AEDIPr*, t. 3, 2003, pp. 37-73.

²⁷ M.P. García Rubio, "Parejas de hecho y lealtad constitucional", *Estudios de derecho civil: homenaje al Prof. Francisco Javier Serrano* (T. Torres García, coord.), Universidad de Valladolid ed., 2004, pp. 35-64.

civil no todas han podido regular la constitución de la unión y el tipo de efectos que entraña de la misma manera. El reparto competencial es un primer condicionante especialmente relevante y demanda una primera preselección de leyes materiales potencialmente aplicables. La norma de conflicto, como herramienta para designar el ordenamiento aplicable en aras a concretar la existencia de la pareja y la ulterior ley aplicable a sus efectos patrimoniales en el ámbito privado, no sirve como fundamento jurídico válido para justificar la aplicación de normas que emanan de CC AA desprovistas de competencia en este ámbito.

22. Un segundo requisito, vinculado al anterior, es que las leyes potencialmente aplicables deberán referirse a parejas que se han sometido al Registro como condición obligatoria, puesto que se trata de validar, precisamente, la existencia de las uniones registradas. Y, por último, deberán ser leyes que prevean efectos patrimoniales, aunque está circunstancia opera con posterioridad porque está vinculada a la cuestión principal, es decir, a la ley aplicable a los efectos patrimoniales y será tratada en el siguiente epígrafe.

23. Como decíamos, la diversidad que caracteriza a las leyes de parejas de hecho en cuanto a su regulación sustantiva y, consecuentemente, la regulación de sus efectos es resultado de los distintos títulos competenciales utilizados por los legisladores autonómicos para promulgar sus normas²⁸. Así queda reflejado en las Exposiciones de Motivos de las leyes autonómicas que justifican su desarrollo legislativo en base a distintos fundamentos. De hecho, las CC AA que carecen de competencia en materia civil basan la aprobación de las leyes de parejas de hecho en los principios de igualdad y libertad y se cimientan en la equiparación de los derechos jurídico-públicos a los matrimonios²⁹. Mientras, gran parte de las leyes emanadas de CC AA con competencia en Derecho civil, como la vasca, la catalana y la navarra aluden, además, a su competencia para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil foral o especial³⁰. Esta especial coyuntura supone la coexistencia de leyes autonómicas que presentan una regulación de alcance más o menos limitado a ámbitos de Derecho público con otras que también incluyen aspectos de Derecho privado y nos permite hacer una primera diferenciación entre las leyes que equiparan total, o parcialmente, las

²⁸Sobre este tema *vid.*, N. Magallón Elósegui y O. Fotinopoulou Basurko, “La pensión de viudedad...”, *loc.cit.*, pp. 185–217, esp. pp. 208–210

²⁹ Aluden a los artículos de sus Estatutos de autonomía que invocan estos principios, la ley canaria, la ley asturiana, la valenciana y la madrileña. La ley andaluza se remite a su competencia sobre orientación y planificación familiar (art. 13.2º Estatuto andaluz).

³⁰ En sus Preámbulos la ley vasca se refiere al art. 10.5º EAPV, la ley catalana alude de manera más genérica al desarrollo de su Derecho civil y la navarra al art. 48 de Amejoramiento del Fuero.

uniones estables con los matrimonios en su relación con la Administración pública de las que también se ocupan de los efectos civiles derivados de las mismas. La posibilidad de que una ley de parejas de hecho constituya efectos públicos o privados dependerá del alcance de la competencia legislativa del Parlamento Autonómico de la que procede³¹.

24. Esta argumentación podría extenderse, en cierto modo, al análisis de los distintos criterios de aplicación utilizados por las leyes autonómicas para delimitar su ámbito de aplicación y dilucidar su interacción con el Reglamento 1104. Podríamos entender que aquellas leyes que ordenan aspectos administrativos, fiscales o de Derecho público donde impera el criterio de territorialidad supeditarán su aplicación a requisitos de carácter territorial y que, sin embargo, las que despliegan efectos civiles recurrieran a la conexión vecindad civil. El problema se halla en que la existencia de las uniones estables en aquellas CC AA con competencia en materia civil comporta efectos públicos y privados, pero ambos quedan sometidos al cumplimiento de los mismos requisitos. Si las leyes autonómicas dispusieran de un criterio u otro para delimitar su ámbito de aplicación en función del alcance de su competencia, vecindad civil y vecindad administrativa se emplearían para ordenar cuestiones con distinta repercusión referidas, por un lado, a los efectos vinculados con las Administraciones públicas y, por otro, a los efectos civiles derivados de las leyes³². De esta forma evitaríamos la necesidad de adquirir la vecindad civil de un territorio para disfrutar de los aspectos de carácter público de la unión³³ y la extensión de los efectos privados procedentes de la misma y, por tanto, de su potencial sujeción a un ordenamiento jurídico civil foral o especial, a aquellos que no tengan la vecindad civil de este territorio. No obstante, las leyes autonómicas no han seguido estrictamente estos parámetros.

25. Justamente, la Ley vasca de parejas de hecho, inmersa en la dicotomía que envuelve a los efectos jurídico-privados y jurídico-públicos, ha coqueteado con ambos tipos de criterios en aras a delimitar su ámbito de aplicación. Es cierto que nació con vocación de transversalidad y se proyecta sobre distintos ámbitos tanto del Derecho público como de Derecho privado, así que, a pesar de la dualidad de sus efectos, se hallaba entre las

³¹ De lo contrario pueden resultar inconstitucionales, *vid.*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, "La competencia para legislar sobre las parejas de hecho", *Derecho privado y Constitución*, nº 17, 2003, pp. 61-88, esp. pp. 67-69.

³² C. Bayod López, "Pareja estable y requisitos de capacidad. Ámbito de aplicación de la ley aragonesa de parejas de hecho no casadas (Ley 6/1999 de 26 de marzo)", *RGLJ*, 2002, nº 4, pp. 557-559.

³³ M.E. Zabalo Escudero. "La legislación autonómica...", *loc. cit.*, p. 52.

normas que tuvieron que optar por escoger un criterio u otro para delimitar su ámbito de aplicación y ello no resultaba una tarea fácil.

26. La Ley vasca de parejas de hecho equipara, en sus Disposiciones adicionales, las parejas de hecho a los matrimonios tanto en las relaciones jurídicas de carácter público, como en todas aquellas normas legales y reglamentarias aprobadas con anterioridad. De esta forma, extiende la aplicación de las normas legales y reglamentarias autonómicas que afecten a la regulación del matrimonio a las parejas de hecho y entre ellas las disposiciones de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco³⁴.

Además de esta remisión de carácter general, la Ley de parejas de hecho vasca contiene artículos específicos concernientes a la regulación de la relación y el régimen económico-matrimonial, el acogimiento de menores, la adopción y al régimen sucesorio³⁵. De hecho, actúa en calidad de ley especial y, por tanto, en las uniones registradas prevalecerán los preceptos atinentes a los efectos patrimoniales recogidos en ella sobre el régimen estipulado en la Ley de Derecho civil vasco que tendrá un carácter general y subsidiario.

27. Pero donde adquiere una especial relevancia la coexistencia entre ambas leyes es en la confluencia de sus respectivos criterios de aplicación. La Ley vasca reguladora de parejas de hecho, al tiempo de su promulgación, delimitaba su ámbito de aplicación, a través de su art. 2, mediante dos requisitos. Por un lado, se aplicaba a las parejas de hecho inscritas en el Registro administrativo creado a tal efecto y, por otro, su inscripción solo podía llevarse a cabo por aquellas parejas en las que al menos uno de sus miembros tuviera vecindad administrativa en el territorio de la CCAA vasca, sin distinguir entre nacionales y extranjeros. De esta forma, el legislador autonómico optó por un doble criterio: únicamente ordenaba las uniones registradas (amparando la proyección de la norma europea) y escogía la vecindad administrativa a pesar de contener preceptos que afectan a los efectos de Derecho privado derivados de la unión. La distinta naturaleza y alcance que tiene la vecindad administrativa en comparación con la vecindad civil³⁶, nos obligaba a examinar en qué medida podía aplicarse la normativa civil vasca a una pareja constituida conforme a la Ley vasca de

³⁴ BOE 14.7.2015. Al tiempo de la promulgación de la ley de parejas de hecho vasca estaba en vigor la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco.

³⁵ En materias en las que la competencia legislativa reside en el legislador estatal.

³⁶ J.C. Fernández Rozas, "Nacionalidad, vecindad civil y vecindad administrativa: consideraciones sobre su desarrollo constitución", *REDI*, vol. XXXIII, nº 1, 1981, pp. 141-159, esp. pp. 153-159.

parejas de hecho según la pretendida equiparación a la que alude en sus disposiciones adicionales³⁷.

28. La respuesta a esta cuestión comprende dos interpretaciones distintas. La primera construida sobre la delimitación del ámbito de aplicación de la norma vasca de parejas de hecho conduce a que, una vez constituida la pareja, cumplido el doble de requisito de vecindad administrativa de uno de los miembros e inscripción en el Registro, se aplicarán para regular la unión todas las normas sustantivas (ya sean anteriores o posteriores) que le equiparán al matrimonio desplegando, consiguientemente, todos sus efectos públicos o privados. Sin embargo, ello supone la directa aplicación del Derecho civil vasco a las parejas de hecho, obviando la conexión vecindad civil como criterio de sujeción al Derecho Civil foral o especial. La segunda tesis se basa en la aplicación cumulativa de ambas conexiones por separado. De modo que se requiere vecindad administrativa de uno de los integrantes e inscripción para sujetarse a la Ley vasca de parejas de hecho y vecindad civil con el objeto de extender las disposiciones afectadas contenidas en la Ley de Derecho Civil vasco. Según esta interpretación la remisión contenida en las disposiciones adicionales de la Ley de parejas de hecho vasca no comprendería la aplicación de la Ley de Derecho civil vasco a las parejas de hecho porque ello supondría utilizar la vecindad administrativa para señalar la aplicación de la legislación civil obviando la competencia del legislador estatal para dictar normas para resolver conflictos de leyes. Así que la aplicación de la Ley de Derecho Civil vasco a una unión registrada (con vecindad administrativa de uno de sus integrantes) dependerá también de su vecindad civil³⁸.

29. A pesar de la interpretación anterior, los efectos patrimoniales de la unión registrada contenidos en la propia ley de parejas de hecho sí desplegaban sus efectos sobre las uniones registradas que cumplían los

³⁷ Anteriormente en, N. Magallón, B. Lasa e I. Iruretagoiena, "Análisis de la Ley Vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho: una aproximación internacional-privatista", *REVAP*, nº 67, 2003, pp. 301-328.

³⁸S. Álvarez González, "¿Derecho Interregional en dos escalones?", *Libro homenaje a Idelfonso Sánchez Mera*, Madrid, 2002, vol. II, pp. 1787-1808; J.J. Pérez Milla, "Efectos patrimoniales de las uniones registradas autonómicas y Reglamentos de la Unión Europea: respondiendo a problemas complejos", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, nº 25, 2019, pp. 129-156, esp. p. 145. En este mismo sentido se pronuncia el Dictamen nº 78/2002 de la Comisión Jurídica del Gobierno Vasco, "Consulta 94/2002, relativa al Anteproyecto de parejas de hecho", en su párrafo 69 referido a la aplicación del régimen sucesorio: "Esto es, en una interpretación cabal, creemos que no pretende extender el régimen sucesorio de la Ley 3/1992 a todas las parejas de hecho, sino que viene a disciplinar los efectos de la equiparación en lo que respecta al régimen sucesorio de las parejas de hecho con las parejas unidas en matrimonio incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho Civil del País Vasco, respetando lógicamente los puntos de conexión, personales y territoriales establecidos en dicha Ley".

criterios establecidos según la norma, es decir, vecindad administrativa de uno de los integrantes e inscripción. El art. 5 de la Ley vasca de parejas de hecho establece el régimen económico matrimonial de la pareja en defecto de pacto y perduraba como un efecto de carácter patrimonial vinculado a la vecindad administrativa como condición de aplicación. Esta paradoja entronca con el debate anterior poniendo en evidencia la relevancia de la correcta delimitación de los ámbitos de aplicación de las leyes autonómicas y, así, ha sido comprobado por el legislador autonómico vasco que ha aprovechado la promulgación de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil vasco que modificaba la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil foral del País Vasco³⁹ para modificar el criterio utilizado por la Ley vasca de parejas de hecho.

30. La Ley de Derecho Civil vasco en su Disposición Adicional segunda establece una nueva redacción del art. 2 de la Ley vasca de parejas de hecho relativa al concepto de pareja de hecho y a su ámbito de aplicación. Mediante este precepto sustituye la vecindad administrativa establecida por el precepto como requisito para acceder a la inscripción en el Registro por la vecindad civil de uno de los integrantes de la pareja. De este modo modifica el ámbito de aplicación personal de la Ley vasca de parejas de hecho que pasa a depender de la vecindad civil *sine qua non* de uno de los integrantes de la pareja⁴⁰. Consecuentemente los efectos derivados de la misma, ya sean públicos o privados, solamente se desplegarán cuando concurra dicha condición. Se unifica el criterio elegido tanto en la Ley vasca de parejas de hecho como en la Ley de Derecho Civil vasco superando la posibilidad de ampliar su aplicación directamente a aquellas uniones en la que ninguno de los miembros poseyese vecindad civil y evitando la extensión de sus efectos patrimoniales a la unión en virtud de la vecindad administrativa, pero, a su vez, impide el despliegue de los efectos de carácter público en aquellas parejas que no la posean.

31. Una vez atendidas a las distintas cuestiones vinculadas a la interacción entre el Reglamento 1104 y la Ley vasca de parejas de hecho en lo que al ámbito de la constitución de la unión registrada como cuestión previa se refiere llegamos a varias conclusiones. La ley aplicable a los efectos patrimoniales de una unión registrada con carácter trasfronterizo requiere

³⁹ BOE 6.2.2012.

⁴⁰ Disposición adicional 2ª Ley de Derecho 5/2015 Civil vasco "(...) Las disposiciones de la presente ley serán de aplicación a las parejas de hecho constituidas en los términos del art. 3 y siguientes de la ley"./ A tal efecto podrán inscribirse aquellas parejas de hecho en las que al menos uno de sus integrantes tenga vecindad civil vasca". Al respecto, A. Urrutia y F. de B. Iriarte Ángel, "La espinosa cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho registradas y los conflictos internos: una visión desde el País Vasco", *Bitácora Millenium*, nº 7, 2018.

la validación de esa unión conforme a la ley del foro. Cuando se plantee ante un juez español, la inexistencia en el sistema español de Derecho Internacional privado de normas de conflicto específicas sobre la constitución de la unión registrada puede suplirse mediante la aplicación de la ley del lugar de la constitución de la unión, o ley del Registro donde se ha inscrito por primera vez. Si mediante esta norma de conflicto se señala la ley española, la coexistencia de casi tantas leyes de parejas de hecho como CC AA⁴¹ nos obliga a acudir al sistema de resolución de conflictos internos de carácter autónomo para señalar cuál de ellas será la definitivamente aplicable. Y entre ellas, a las leyes que contemplen la obligación de acudir al Registro para formalizar la unión y que contengan normas sobre efectos patrimoniales de la unión. La aplicación analógica de las normas de Derecho Internacional privado para resolver los conflictos de leyes internos nos conduce a utilizar también la conexión del lugar donde se ha llevado a cabo el Registro de la pareja por primera vez para escoger entre las leyes potencialmente aplicables. Si la unión se ha inscrito en el Registro de parejas de hecho vasca, conforme a la última modificación de la Ley de Derecho Civil vasco, la validez de su constitución terminará dependiendo de que uno de los miembros ostente vecindad civil vasca.

4. El reconocimiento de la unión registrada constituida en el extranjero como método que desplazaría la necesidad de plantear cuestión previa

32. La ambigüedad que caracteriza la redacción del considerando 21 del Reglamento 1104 permite plantear una última posibilidad, que ha ido cobrando fuerza⁴², en lo que a la existencia y validez de la constitución de la unión registrada se refiere y que simplifica el proceso en supuestos internacionales. Nos referimos al desplazamiento o superación de la visión de la cuestión previa como un problema vinculado a la norma de conflicto y la progresiva consolidación del método de reconocimiento de un estatus válidamente adquirido en un Estado distinto al del foro conforme a un Derecho extranjero. De este modo, según esta interpretación se sortearía la búsqueda de la norma de conflicto aplicable a la cuestión previa que se sustituiría por la determinación de

⁴¹Hasta hace poco Murcia no contaba con Ley de pareja de hecho, recientemente Ley 7/2018 de 3 de julio, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de la Región, BOE 30.07.2018. La Rioja no tiene regulación específica, pero cuenta con Decreto 10/2013, de 15 de marzo, por el que se regula el Registro de Parejas de Hecho, BOR nº 41, 27.03.2013.

⁴² STJUE 1 de abril de 2008, as.C-267/06: *Maruko vs. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, establece a través de su considerando 69: "(...) que el órgano jurisdiccional remitente estima que la pareja inscrita, sin ser idéntica al matrimonio, sitúa a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a la prestación de supervivencia controvertida en el procedimiento principal".

qué condiciones de reconocimiento se van a exigir a una situación creada en el extranjero conforme a un ordenamiento distinto al del foro⁴³, y la consiguiente aceptación total o parcial de los efectos otorgados por una autoridad pública extranjera⁴⁴.

Se trata de trasladar la existencia y validez de la constitución de la unión a la sede del reconocimiento, en la medida en que ya se han constituido en otro país lo relevante es el reconocimiento de esa unión en el Estado del foro. La unión se ha tenido que constituir válidamente conforme a un Derecho extranjero que prevea el Registro como requisito obligatorio. La ley aplicable a la validez de su existencia seguiría siendo la Ley del Registro, pero no correspondería al juez del foro comprobar el cumplimiento de los requisitos requeridos por la misma puesto que deberá reconocer o no la unión sin entrar a valorar el fondo conforme a la existencia de una situación análoga⁴⁵. El método de asimilación de efectos, sin embargo, no garantiza la equiparación de los efectos cuando no existen en el ordenamiento del foro con lo que la eficacia de la unión más allá de sus fronteras puede ser distinta dependiendo del Estado requerido y de la extensión de sus efectos en función de la existencia de figuras análogas⁴⁶. Las distintas posibilidades a las que nos enfrenta la enorme diversidad en materia de parejas de hecho nos hace no entrar a analizar con más detenimiento esta posibilidad, que excede del objetivo del trabajo que nos ocupa⁴⁷.

⁴³ Vid. P. Mayer, "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Melanges en l'honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005; M. Lehmann, "Recognition as a substitute for conflicts of Laws?", pp. 11-43, en *General principles of European private international law*, S. Leyble dir., Kluwer Law, 2016, a favor de otorgar el reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero y así alcanzar mayor armonía en las soluciones siempre que se inscriban en documentos oficiales o registros públicos y que existan las condiciones y salvaguardias adecuadas, como una conexión suficiente entre la situación jurídica y el Estado miembro de origen del documento o registro, así como una excepción de orden público bien definida.

⁴⁴ A. Quiñones Escámez, "Propositions pour la formation la reconnaissance et l'efficacité internationale des union conjugales ou de couple", *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 96, nº 2, 2001, pp. 358-382, esp. pp. 372-373 y "Nuevos tipos de uniones y nueva regulación de sus efectos", en *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho Internacional privado* (M. Guzmán y C. Espluges, dirs.) Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 169-188; S. Corneloup, "Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé", *Travaux Com fr. dr. it. pr.*, 2010-2012, París, Pédone, 2013, pp. 189-222; esp. pp. 223-229.

⁴⁵ Cf. A. Quiñones Escámez, "Propositions...", *loc. cit.*, pp. 372-373 E. Rodríguez Pineau, "Los efectos...", *loc. cit.*, p. 948.

⁴⁶ M. Lehmann, "Recognition as...", *loc. cit.*, p. 11.

⁴⁷ K. Boele Woelki y A. Fuchs (eds.), *Legal recognition of same sex couples in Europe*, Ambers-Oxford, Intersentia, 2003.

III. LA LEY APLICABLE A LOS EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS TRANSFRONTERIZAS Y LA LEY VASCA DE PAREJAS DE HECHO

1. La inexistencia de una definición completa de unión registrada y el ámbito de aplicación del Reglamento 1104

33. Como ya hemos mencionado, el Reglamento 1104 no realiza una definición autónoma de “unión registrada” aunque la acota levemente al referirse a ella como “el régimen de vida común ordenado por ley y cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley” (art.3.a). De esta forma, el legislador europeo elige disponer únicamente un instrumento aplicable a los efectos patrimoniales de las parejas registradas cuya unión ha sido previamente formalizada ante una autoridad pública (cdo. 16) dejando fuera de su ámbito de aplicación a las parejas de hecho o uniones libres de carácter fáctico con repercusiones transfronterizas⁴⁸ que dependerán de la ley aplicable establecida por el derecho conflictual de los Estados.

A pesar de la ausencia de una definición más concreta, el Reglamento 1104 no abarca cualquier situación de convivencia de las múltiples variantes que existen en los ordenamientos jurídicos europeos y versa únicamente sobre las uniones registradas restringiendo su ámbito de aplicación *ratione personae*⁴⁹. Lo mismo sucede con otros Reglamentos europeos como el de sucesiones o el de regímenes matrimoniales en los que no se definen conceptos que, sin embargo, resultan esenciales para su aplicación, entre los que se encuentran el concepto de viudo/a o de hijos y descendientes, ascendientes o de cónyuge⁵⁰.

34. Tal y como establece su considerando 17, el Reglamento 1104 no ha querido delimitar un contenido real del concepto de unión registrada sino que prefiere dejarlo en manos del Derecho autónomo de los Estados miembros, salvaguardando la enorme disparidad material existente y evitando realizar una definición europea carente de consenso⁵¹. Los Estados miembros establecen de forma unilateral quienes pueden configurar una

⁴⁸ En el Libro Verde sobre conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia las cuestiones de competencia jurisdiccional y de reconocimiento mutuo, COM (2006)400 final de 17.9.2006, se planteaban todas las opciones. Sobre la heterogeneidad existente vinculada a este fenómeno, C. González Beilfuss, *Parejas de hecho...*, *op.cit.*, pp. 18-57.

⁴⁹ C. González Beilfuss, *Parejas de hecho...*, *op.cit.*, pp. 93-138;

⁵⁰ Al respecto, S. Álvarez González, “¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?”, *REDI*, vol. LXIX, nº 1, 2017, pp. 19-48.

⁵¹ E. Rodríguez Pineau, “Los efectos patrimoniales...”, *loc. cit.*, pp. 937-955, C. González Beilfuss, *Parejas de hecho...*, *op.cit.*, pp. 18-57.

unión registrada y ordenan los requisitos necesarios para acceder al Registro. Normalmente se trata de requisitos que comportan algún tipo de vinculación con el territorio del lugar del Registro, nacionalidad o residencia de alguno o de ambos convivientes, delimitada, o no, temporalmente; aunque también hay ordenamientos en los que no se requiere vínculo alguno para poder solicitar su inscripción⁵². Además, hay ordenamientos jurídicos en los que se exige que la pareja de hecho ostente una determinada orientación sexual y que limitan la posibilidad de formalizar su unión, únicamente, a las parejas homosexuales y otros que no reparan en ello⁵³.

35. En el ordenamiento español no existe un Registro de parejas de hecho estatal y no todas las leyes autonómicas exigen la inscripción como requisito obligatorio para supeditarlas a su norma. Ello supone una primera limitación en su potencial interacción con el Reglamento 1104 que, como ya hemos mencionado en el epígrafe anterior, únicamente, ordenará los conflictos de leyes entre normas que prevean la inscripción como requisito obligatorio⁵⁴ dejando fuera aquellas que se ciñen a la convivencia estable⁵⁵.

36. Por otro lado, desde un punto de vista material el Reglamento 1104, se circunscribe a “todos los aspectos de Derecho civil” de los efectos patrimoniales de la unión registrada (cdo. 48) extrayendo de su ámbito de aplicación aquellos ámbitos de Derecho civil distintos de sus efectos patrimoniales (art. 1.2º Reglamento 1104). Tampoco integra las cuestiones administrativas (art. 1.1º Reglamento 1104) de modo que, cuando se refiere a “uniones registradas como régimen de vida común regulado por ley”, alude a leyes sustantivas que dotan de efectos patrimoniales a las uniones registradas. A pesar de que la existencia y validez de la unión registrada ha sido analizada como una cuestión previa que se extrae de su ámbito de aplicación, en el marco del Reglamento 1104, no cabe disociar la cuestión relativa a la constitución de la unión de sus efectos patrimoniales. Esta

⁵² Vid., K. Thorn, “The German Conflict of Laws rules on registred partnership” en K. Boele Woelki y A. Fuchs (eds.), *Legal recognition of same sex couples in Europe*, Amberes-Oxford, Intersentia, 2003, p.137

⁵³ Vid., *Document de travail des services de la Commission. Annexe au Livre Vert sur le règlement des conflits de lois en matière de régime matrimonial, traitant notamment de la question de la compétence judiciaire et de la reconnaissance mutuelle*, SEC (2006) 952, de 17 de julio de 2006; también A. Rodríguez Benot, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, pp. 8–50, esp. p. 25.

⁵⁴ En este trabajo no vamos a analizar la naturaleza declarativa o constitutiva del Registro, ni su categoría como Registro civil o meramente administrativo. al respecto *vid.*; J.J. Pérez Milla, “Efectos patrimoniales de las uniones registradas autonómicas y reglamentos de la Unión Europea: respondiendo a problemas complejos”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, nº 25, 2019, pp. 129–156, esp. pp. 146–154.

⁵⁵ Cataluña.

salvedad se ratifica en varias ocasiones en el propio texto del Reglamento 1104. De hecho, en su art. 22 cuando se refiere a la posibilidad de que la unión elija la ley sustantiva queda limitada a “una ley que atribuya efectos patrimoniales a las uniones registradas”, con el objetivo de evitar que sea señalada una ley que no prevea efectos⁵⁶.

37. El art. 33 del Reglamento 1104 consolida esta interpretación de manera determinante en materia de conflictos de leyes territoriales. En este precepto señala expresamente la posibilidad de que la ley designada por el Reglamento 1104 sea la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales (como sucede en el ordenamiento jurídico español) pero se refiere expresamente a unidades territoriales “con sus propias normas jurídicas en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, por tanto, que componen una pluralidad legislativa de carácter privado.

En el Considerando 54 también alude a la aplicación de sus disposiciones dentro de un Estado miembro en el que coexistan dos o más regímenes jurídicos o conjuntos de normas que deben ocuparse, indubitadamente, de “las materias reguladas en este Reglamento”. La conjunción de ambos preceptos nos lleva a realizar una primera e importante consideración sobre la potencial interacción entre el Reglamento 1104 y las leyes de parejas de hecho existentes en el ordenamiento español: quedará reducida, únicamente, a aquellas que prevean efectos patrimoniales derivados del Registro de la unión. Por tanto, de todas las CC AA con normas de parejas de hecho coexistentes en el ordenamiento español solo aquellas que ostentan competencias de Derecho civil cumplen con las limitaciones impuestas para integrar sus normas en el ámbito de aplicación del Reglamento 1104; la Ley vasca de parejas de hecho es una ellas⁵⁷.

2. La ley aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas de carácter trasfronterizo y la remisión a ordenamientos plurilegislativos

38. La interacción entre el Reglamento 1104 y la Ley vasca de parejas de hecho se suscita cuando las normas de conflicto de la norma europea remiten a la ley española. Entre los distintos caminos posibles que comienzan aplicando el Reglamento 1104 y pueden desembocar en la aplicación en la Ley vasca de parejas de hecho nos vamos a centrar en la

⁵⁶ En el mismo sentido, *vid.*, I. Espiñeira Soto, “Uniones de hecho y Reglamento Europeo sobre uniones Registradas”, 5 de febrero de 2019, [<www.notariosyregistradores.com>].

⁵⁷ Vasca, balear, gallega y aragonesa.

remisión a un ordenamiento plurilegislativo, siendo conscientes de que el tema no se agota aquí⁵⁸.

39. El Reglamento 1104 se ocupa de la remisión a un Estado plurilegislativo en su art. 33, dirigido a coordinar las soluciones previstas de Derecho aplicable y los conflictos de leyes territoriales en Estados con diversos regímenes jurídicos. De los dos métodos existentes para establecer cuál es la ley aplicable, en particular, entre las normas vigentes en el ordenamiento español (la “remisión indirecta” y la “remisión directa”) opta por un híbrido de la remisión indirecta con soluciones subsidiarias⁵⁹ de difícil acomodo a nuestro modelo⁶⁰. La remisión indirecta señala al sistema de solución de conflictos de leyes internos del Estado, cuya ley ha sido designada por la norma europea, para determinar la ley de la unidad territorial finalmente aplicable. De modo que cuando la ley establecida por el Reglamento sea la española quedará en manos del sistema de Derecho Interregional elegir cuál de las leyes coexistentes en el interior de nuestras fronteras será la que ordene los efectos patrimoniales de la unión. Por su parte, las conexiones subsidiarias que completan el precepto y que están previstas en el art. 33.2º Reglamento 1104 se aplican “en defecto de tales normas”⁶¹.

40. Como ya hemos visto a lo largo del primer epígrafe de este trabajo, el ordenamiento español posee un sistema propio de resolución de conflictos internos, sin embargo, se caracteriza por ser un sistema incompleto que se remite con carácter general a las normas de Derecho Internacional privado a salvo de las especificidades previstas respecto a la vecindad civil convertida en ley personal (art.16 Cc)⁶². En virtud de lo anterior, surge una cuestión hermenéutica inicial clave para resolver los conflictos de leyes en

⁵⁸ Como pone de manifiesto A. Borrás, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho Interregional español*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1984 y “Les ordres plurilegislatifs dans le droit international privé actuel”, *Recueil des Cours*, t. 249, 1994-V, pp. 145-368.

⁵⁹ Sobre los distintos modelos *vid.*, P. Quinza Redondo y P. Chistandl, “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *InDret*, julio 2013.

⁶⁰ *Vid.*, M. Soto Moya, “El Reglamento...”, *loc. cit.*, p. 25-29; L. Iglesias Buigues, “Art. 33”, en *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea, comentarios a Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, J. L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno (drs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 356-371.

⁶¹ El Reglamento 1104 establece tres conexiones subsidiarias aplicables en defecto de normas en materia de conflictos de leyes. Las tres equiparan cada unidad territorial a un Estado a efectos de determinar la ley aplicable conforme a: a) la residencia habitual de los miembros de la unión, b) la nacionalidad de los miembros de la unión que señalará la unidad territorial con la que presenten la conexión más estrecha; c) cualesquiera otros elementos que siendo punto de conexión se refieran a la unidad territorial donde está ubicado el elemento pertinente.

⁶² J. Delgado Echeverría “art. 16.2 Cc”, p. 168; R. Bertcovitz Rodríguez Cano, “Art. 16.1 Cc”, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, t. I, Madrid, Edersa, 1978, pp. 518-519.

estos casos que gira en torno a cuándo corresponderá recurrir a las conexiones subsidiarias previstas por el Reglamento 1104⁶³.

41. Las dudas tienen su punto de partida en la inexistencia de una norma de origen interno que señale el Derecho aplicable a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, así que no podemos olvidar que se deben a la ausencia de un auténtico Derecho Interregional y a la necesidad de elaborar una ley específica que atienda a sus exigencias⁶⁴. La cuestión es si la concurrencia en el ordenamiento español de un sistema de Derecho Interregional, aun siendo incompleto, comporta la inaplicación de las normas subsidiarias del Reglamento 1104. Es decir, si podemos interpretar el art. 33.2º del Reglamento 1104 de manera que, existiendo un sistema de Derecho Interregional, el hecho de que no posea una norma de conflicto relativa a los efectos patrimoniales de la unión registrada no conlleva a la aplicación de las conexiones subsidiarias para señalar la ley aplicable conforme a su art. 3.2º, sino que apela a la búsqueda de soluciones y, por tanto, a suplir esas deficiencias, conforme al propio sistema. Se trata de una opción que, en cierto modo, sigue una línea acorde con el espíritu inherente al método de remisión indirecta elegido en primer lugar y, aparentemente, más respetuosa con los ordenamientos internos en la medida que nos obliga a atender a esas carencias conforme al propio sistema e invita, en todo caso, al legislador estatal a corregir sus deficiencias. Es una posibilidad que prioriza las especificidades del sistema de resolución de conflictos internos en tanto el conflicto de leyes, aun siendo de carácter trasfronterizo, se resuelve en un segundo estadio como si se tratara de un conflicto de naturaleza interterritorial.

Por otro lado, también cabe la interpretación inversa, orientada a utilizar las soluciones subsidiarias del art. 33.2º del Reglamento 1104 cuando el sistema de resolución de conflictos de leyes internos del Estado señalado por la norma europea, en este caso el español, sea incompleto o insuficiente. Esta segunda opción, “revitaliza” la relevancia del carácter internacional del supuesto acudiendo a una solución que garantiza una mayor coherencia con las normas del Reglamento 1104⁶⁵. Sin embargo, en el caso particular de las

⁶³ La misma cuestión surge con el Reglamento europeo de sucesiones tal y como pone de manifiesto S. Álvarez González, “El Reglamento 650/2012...”, *loc. cit.*, p. 16; A. Font i Segura, “La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones”, en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, I. Calvo Vidal (coord.), Consejo General del Notariado, 2014, p. 75-121.

⁶⁴ Como han puesto de manifiesto entre otros: S. Álvarez González, “Derecho Interregional...”, *loc. cit.*, pp. 37-73; A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Colección De Conflicto Legum, nº 10, Santiago de Compostela, 2007.

⁶⁵ Cf. S. Álvarez González, “El Reglamento 650/2012...”, *loc. cit.*, p.17, aboga por la segunda de las soluciones, aunque debemos recordar que en el ámbito sucesorio el problema no es

uniones registradas, traslada la responsabilidad de las deficiencias del sistema de resolución de conflictos de leyes interno al legislador europeo permitiendo que el legislador estatal persista en su dejación de funciones.

42. Siendo conscientes de que la interpretación del art. 33.2º del Reglamento 1104 corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión, hasta que no se produzca una cuestión prejudicial que esclarezca cuál de las posibilidades es la que debe regir la aplicación del Derecho europeo, vamos a continuar proyectando las dos posibilidades sobre el ordenamiento jurídico español en aras a prever la aplicación de la ley vasca de parejas de hecho.

Conforme a la primera de las opciones, acudiendo a una interpretación estricta del art. 33 Reglamento 1104, la existencia en el ordenamiento jurídico español de un sistema propio de resolución de conflictos internos nos lleva a utilizar su primer párrafo cuando la ley señalada sea la ley española prescindiendo de las soluciones subsidiarias. De este modo, al igual que hemos hecho cuando se trataba de establecer la ley aplicable a la constitución de la unión, acudimos a las normas de Derecho Internacional privado en las que cimienta el sistema de Derecho Interregional (art. 16 Cc). Ciertamente, el sistema de Derecho Internacional privado de origen autónomo no contiene ninguna norma conflictual en el ámbito de las uniones registradas, tampoco en lo que a la ley aplicable a sus efectos se refiere, sin embargo, debemos hacer frente a esa carencia. La existencia de leyes autonómicas obliga al legislador estatal a adoptar una posición y a abandonar su pasividad de manera urgente. Se podría sugerir la aplicación del Reglamento europeo en calidad de norma que integra el Derecho Internacional privado, en virtud, de la remisión del art. 16 Cc en función de una interpretación “dinámica” del Capítulo IV del Título preliminar de Cc⁶⁶, pero el art. 35 del Reglamento 1104 funciona como cláusula de salvaguarda de los conflictos de leyes internos salvo que el legislador estatal prevea lo contrario⁶⁷, y no creemos que la inactividad del legislador comporte

exactamente el mismo, porque, aunque insuficiente, existe norma de conflicto de carácter autónomo en materia de sucesiones, el art. 9.8º Cc, aunque no se adapte a todos los supuestos; también P. Quinza y G. Christandl, “Ordenamientos plurilegislativos...”, *loc. cit.*, p. 19. En el ámbito de las uniones registradas se manifiesta a favor esta opción L. Garau Juaneda, “Un paso más...”, *loc. cit.*, pp.17–18, y M. Soto Moya, “El Reglamento...”, *loc. cit.*, p. 26.

⁶⁶Una postura a favor de la aplicación del Reglamento (UE) 1104 a la resolución de conflictos de leyes internos es defendida por J. L. Iglesias Buigues, “Artículo...”, *loc. cit.*, pp. 356–371; por todos M^a. E. Zabalo Escudero, “Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el Ordenamiento español”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/Gasteiz*, 1994, Universidad del País Vasco, Tecnos, 1995; pp. 253–302; S. Sánchez Lorenzo, “La aplicación de los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 131–148.

⁶⁷Defiende una posición distinta L. Garau Juaneda, “Un paso...”, *loc. cit.*, pp.17–18, que establece que el hecho de que no exista ninguna norma de conflicto estatal con la que integrar

indefectiblemente una postura a favor. Corresponde al legislador estatal hacer frente al problema mediante la elaboración de una norma específica y su desidia no debe suplirse por la diligencia del legislador europeo que, en cierto modo, ya ha optado por no asumir esa tarea.

43. Entre las distintas opciones dirigidas a cubrir la laguna normativa del Derecho Internacional privado⁶⁸, nos inclinamos por el establecimiento de una conexión particular que otorgue la suficiente seguridad jurídica a la regulación de la unión, en vez de acudir a la aplicación analógica de las normas previstas para los matrimonios. Y entre los diversos criterios de conexión abogamos por la ley del lugar del Registro que comporta el ejercicio de la autonomía de la voluntad, predetermina la existencia válida de la unión y sirve tanto para resolver los conflictos de leyes internacionales, como los internos.

44. La segunda interpretación exhorta al empleo de las soluciones subsidiarias no sólo ante la falta de un sistema de normas de resolución de conflictos de leyes internos diferenciado sino, también, ante la insuficiencia o inadaptación del existente. El art. 33.2º establece tres opciones. Las dos primeras ya han sido utilizadas previamente por el legislador europeo (Reglamento Roma III y Reglamento 1103/2016). La primera insta a que aquellas disposiciones relativas a la residencia de la unión registrada señalarán directamente la unidad territorial en las que los miembros de la pareja tengan su residencia habitual; la segunda que la conexión nacionalidad se entenderá como aquella ley de la unidad territorial con la que los miembros de la unión registrada tengan una vinculación más estrecha. La tercera y última, original del Reglamento 1104, establece que toda referencia realizada a cualquier otro elemento que se configure como punto de conexión se entenderá hecha a la ley de la unidad territorial donde se ubique el elemento pertinente. Teniendo en cuenta que la ley aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada, en defecto de elección, es la ley del Estado conforme a cuya ley se ha creado la unión (art. 26) la conexión subsidiaria más habitual para señalar la legislación autonómica potencialmente aplicable será la tercera en atención a la ley del lugar donde se ha constituido la unión⁶⁹. Siguiendo esta orientación, la ley aplicable será la ley del Registro donde se ha llevado a cabo su inscripción por primera vez. En este momento cobra especial relevancia la ley aplicable a la cuestión

el art. 16 Cc permite deducir la aplicación directa de las normas de conflicto del Reglamento a través de sus las normas subsidiarias del art. 33.2º.

⁶⁸ Sobre las distintas opciones que se barajan, M. Soto Mota, "El Reglamento (UE) 2016/1104...", *loc. cit.*, p. 25-26; J. Carrascosa González, "Matrimonio y parejas de hecho", *Tratado de Derecho Internacional privado*, t. II, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa (dirs.), Valencia, 2020, pp. 1491-1494.

⁶⁹ En el mismo sentido, M. Soto Moya, "El Reglamento(UE)2016/1104...", *loc. cit.*, p. 27.

previa que deberá ser resuelta para validar la existencia de la pareja en aras a establecer sus efectos patrimoniales y la elección del lugar donde se ha llevado a cabo el Registro evita la aplicación de una ley que no haya regulado la institución.

3. La aplicación de la ley vasca de parejas de hecho a los efectos patrimoniales de la unión registrada

45. El Reglamento 1104 establece un sistema basado en la voluntad de las partes para organizar sus relaciones patrimoniales completado con un precepto dirigido a los supuestos en los que no hayan realizado esa ordenación o lo hayan hecho de forma no válida⁷⁰. En el ejercicio de esa autonomía podrán elegir la ley material que quieren que rija su ordenación patrimonial o la ley aplicable a los efectos patrimoniales de su unión. Ahora bien, si eligen acudir a “capitulaciones de la unión registrada” tendrán que cumplir con los requisitos de validez formal de la ley aplicable conforme al Reglamento 1104 y de la ley de su residencia habitual (cdo. 47).

Los problemas surgen en el momento de proyectar este precepto sobre los ordenamientos plurilegislativos. La cuestión es si los miembros de la pareja al hacer uso de su autonomía de la voluntad pueden elegir una ley autonómica que tenga sus propias normas sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas. En lo que a este trabajo concierne, el objetivo es analizar si pueden elegir como ley aplicable, entre las propuestas por la norma de conflicto europea, la Ley vasca de parejas de hecho. En un primer momento, hemos estado tentados a traer, de nuevo, a colación el debate en torno a la aplicación del art. 33 y la ausencia de un sistema de Derecho Interregional completo que nos permita aportar una solución sin entrar en cábalas interpretativas, pero la respuesta presenta un grado de incertidumbre que nos ha llevado a desechar esa opción y a dirigir el debate hacia los límites y la potencial extensión de la autonomía de la voluntad de la pareja para determinar su ordenación patrimonial⁷¹.

46. La progresiva penetración de la autonomía de la voluntad en los instrumentos de Derecho de familia europeos⁷² se ha visto consolidada a

⁷⁰Vid. M.P. Diago Diago, “Art. 22. Elección de ley aplicable”, en *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea* (J.L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 209–219.

⁷¹Vid. M.P. Diago Diago, “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *REDI*, vol. LXVI, nº 2, 2014, pp. 49–79.

⁷²P. Gannagé, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 425 ss; A. Bonomi, “Autonomie des parties en droit patrimonial de la famille et intérêts des entrepreneurs: aspect de droit matériel et de droit

través de los Reglamentos 1103/2016 y 1104/2016. El Reglamento 1104 permite a los miembros de la pareja elegir la ley aplicable y, así, simplificar la administración de su patrimonio, acogidos a leyes afines que guarden relación con la “situación real o la historia de la pareja”⁷³. Por tanto, seguridad y proximidad se convierten en fundamentos de la autonomía de la voluntad y, conforme a ellos, se admite la elección de la ley con la que la unión presenta mayor vinculación. En virtud de dichos objetivos tal posibilidad aparece limitada a la ley de la residencia o nacionalidad de las partes, aunque cabría plantearse ampliarla para garantizar su eficacia y asegurar los menores costes procesales⁷⁴.

De acuerdo a lo dicho con anterioridad la oportunidad de que los miembros de la unión registrada elijan la Ley vasca de parejas de hecho para regular sus efectos patrimoniales cuando se corresponda a su residencia habitual, o a la de uno de ellos, no altera la deseada previsibilidad y proximidad que ha de motivar la elección. En el supuesto de que la pareja se haya constituido por la ley de otro Estado, la elección de la ley de la residencia habitual asegura el reconocimiento de los efectos del lugar donde poseen su centro de vida y, en caso de controversia, garantiza menores costes procesales.

La segunda de las conexiones establecidas en el Reglamento 1104, la ley de la nacionalidad, sin embargo, no opera cuando se trata de elegir una ley entre las coexistentes en el ordenamiento español, aunque cabría considerar la vecindad civil como conexión alternativa en tanto se corresponde a ley personal en los conflictos internos. En el supuesto de que la unión no haya sido constituida en el País Vasco, pero ostente vecindad civil vasca la elección de la Ley vasca de parejas de hecho posee ventajas similares a las de la nacionalidad y se puede equiparar con el arraigo socio cultural que le caracteriza.

La tercera de las posibilidades permitiría a la unión elegir la Ley vasca de parejas en calidad de ley conforme a la que se ha creado la unión, ley de su constitución o ley del Registro (cdo. 48). De este modo, se garantizaría la validez de la existencia de la pareja y la ordenación de su régimen patrimonial conforme a su voluntad, aun cuando hubieran cambiado de residencia habitual a un lugar que no otorgara efectos patrimoniales a las parejas de hecho.

international privé”, *Revue suisse de droit international et droit européen*, vol. 14, nº 4, 2004, pp. 459–481.

⁷³ La libertad de los cónyuges (y de los miembros de la unión registrada) debe regularse para evitar que guarde poca relación con la vida de la pareja COM (2016), 106 final, p. 10.

⁷⁴ Como establece M.P. Diago Diago, “El matrimonio...”, *loc. cit.*, pp. 25–26.

47. Asimismo, el Reglamento 1104 prevé, mediante su art. 26, la ley aplicable en defecto de elección y adopta la ley de la constitución o ley conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada. Con el objeto de dotar de seguridad jurídica y previsibilidad a las uniones registradas, ante la heterogeneidad existente, el ordenamiento jurídico aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada será el del Estado conforme a cuya ley ha sido registrada la unión como requisito obligatorio para su constitución.

Cuando la ley del Registro de la constitución de la pareja haya sido la Ley vasca de parejas de hecho y se plantee la controversia en torno a la ley aplicable a sus efectos patrimoniales ante el juez español, según el art. 26 se aplicará la ley española y será el art. 33 del Reglamento 1104 que, como hemos visto, establece la potencial remisión a ordenamientos plurilegislativos, el que instaura cómo proceder para seleccionar la ley material, definitivamente, aplicable. Como ya hemos tenido la oportunidad de plantear a lo largo del presente trabajo en primer lugar, según la remisión indirecta, corresponderá al sistema de Derecho Interregional concretar cuál de las leyes coexistente es la aplicable. La laguna normativa que caracteriza al sistema español de resolución de conflictos internos en este ámbito nos ha obligado a plantear a lo largo de este trabajo las distintas interpretaciones posibles y la oportunidad de aprovechar las soluciones subsidiarias previstas por el Reglamento 1104. En el supuesto de que la ley aplicable en defecto de elección a los efectos patrimoniales de las uniones registradas sea la española, por haberse constituido la unión según la Ley vasca, la utilización de ambos epígrafes del art. 33 –remisión indirecta y conexiones subsidiarias– nos llevan a la misma solución. Sin embargo, nos inclinamos por acudir al primer párrafo y extender la aplicación de la Ley del Registro del sistema de Derecho Internacional privado español también para resolver los conflictos de leyes internos⁷⁵. Si así fuera, la Ley vasca de parejas de hecho ordenará los efectos patrimoniales de la pareja transfronteriza constituida en el País Vasco conforme a su propia ley y uno de los miembros de la unión deberá poseer vecindad civil vasca. De esta forma, no se aplicará la Ley vasca de parejas de hecho a las uniones registradas en otro Estado miembro salvo que residan en el País Vasco en el momento de la celebración y hayan elegido dicha ley conforme al art. 22.1º del Reglamento 1104.

⁷⁵ En este momento se podría plantear de nuevo la aplicación extensiva del Reglamento 1104 para resolver los conflictos de leyes internos en tanto dicha resolución ha tenido su punto de partida en un conflicto internacional, pero sobre este tema ya hemos dejado claro, que nos situamos en un segundo estadio en el que el conflicto internacional ya ha sido resuelto (ha designado la ley española) y se trata de resolver como si se tratará de un conflicto de leyes interno.

IV. CONCLUSIONES

48. La relación entre el Reglamento 1104 y la Ley vasca de parejas de hecho viene marcada por la incertidumbre derivada de la ausencia en el ordenamiento español de una norma de conflicto que ordene las parejas de hecho y de la inexistencia de una Ley sustantiva común. La indolencia que ha demostrado el legislador estatal durante todos estos años ha sido superada por el dinamismo de los legisladores autonómicos que no han tenido reparos en ordenar las parejas de hecho a través de normas autonómicas con distinto alcance, convirtiéndose en una muestra de la pluralidad existente en esta materia a todos los niveles.

49. Sin embargo, el legislador europeo sí ha considerado necesario ordenar la diversidad existente sobre parejas de hecho en los ordenamientos europeos y ha promulgado un instrumento amparado en la cooperación reforzada que intenta coordinar la amalgama normativa en aras a dotar de una mayor seguridad jurídica a este tipo de uniones. La irrupción del Reglamento 1104 debería suponer un incentivo para la actividad del legislador estatal en la medida que ha puesto, nuevamente, de manifiesto las insuficiencias de un sistema de Derecho internacional privado que no se sostiene sin su participación.

50. A pesar de ello, en este trabajo, hemos intentado dotar de cierta coherencia a la relación entre el Reglamento 1104 y la Ley vasca de parejas de hecho, analizando cuándo y cómo se aplicará el Reglamento 1104 para señalar la ley aplicable al régimen patrimonial de las uniones registradas en el País Vasco y cuál será el resultado de esa aplicación. La respuesta no es fácil y está llena de incertidumbres que nos han hecho ir supliendo las deficiencias del sistema apelando a los principios que subyacen a esta materia.

51. En primer lugar, se ha planteado si el Reglamento 1104 puede aplicarse a las parejas constituidas conforme a la Ley vasca de parejas de hecho. Ello nos ha llevado a detenernos previamente en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 1104. La norma europea no define el concepto de unión registrada dejándolo en manos de los Estados miembros en calidad de cuestión preliminar que deberá solventarse acudiendo a los ordenamientos estatales. La ley aplicable a la constitución de la pareja se convierte en la primera posibilidad de interacción entre ambas normas en la medida en que la Ley vasca de parejas de hecho podría llegar a ser designada como ley del Registro donde la pareja se ha inscrito por primera vez. Atendiendo al método de remisión indirecto a los ordenamientos

plurilegislativos contemplado en el art. 12 Cc y, en función de la aplicación analógica de la norma de conflicto elegida para colmar la laguna del sistema de Derecho internacional privado español, la validez de la existencia de la unión registrada quedaría supeditada al cumplimiento de los requisitos estipulados por la Ley vasca. La controvertida modificación del ámbito de aplicación de la Ley vasca de parejas de hecho acometida por la Ley de Derecho civil vasco requiere que uno de sus integrantes tenga vecindad civil vasca como condición para acceder al Registro, incrementando el protagonismo del criterio personal, también, a nivel europeo.

52. En segundo lugar, se analizan las soluciones previstas por el Reglamento 1104 en aras a determinar la ley aplicable a los efectos de la unión registrada y a delimitar la potencial aplicación de la Ley vasca a las uniones registradas transfronterizas. La coexistencia de una pluralidad de leyes que regulan los efectos patrimoniales a nivel interno resurge cuando las normas del Reglamento 1104 señalan como aplicable la ley española. El sistema de remisión a ordenamientos plurilegislativos del Reglamento 1104, al igual que el art. 12 Cc, prioriza la remisión indirecta dejando, de nuevo, al albur del sistema de Derecho Interregional la ley autonómica finalmente aplicable. El carácter incompleto del sistema de Derecho Interregional nos lleva a plantear otra posibilidad: acudir a las normas subsidiarias estipuladas por el Reglamento 1104 para suplir la “falta” de un sistema de resolución de conflictos internos. La utilización de las normas subsidiarias señalaría la ley autonómica aplicable de la unidad territorial en la que “este ubicado el elemento pertinente” convertida en ley del lugar de su constitución o la ley donde se hubiera registrado la pareja. Sin embargo, nos parece metodológicamente más adecuado acudir a la remisión indirecta e interpelar al legislador estatal a suplir sus carencias apostando por afianzar la ley del Registro como conexión estructural y necesaria para hacer frente a la ordenación de las uniones registradas en todas las esferas.

53. En definitiva, las múltiples incertidumbres que se generan en la relación entre el Reglamento 1104 y la Ley vasca de parejas de hecho vuelven a poner de manifiesto las deficiencias existentes en este ámbito y corresponde al legislador estatal actuar en consecuencia. La promulgación de una norma de conflicto estatal que ordene las parejas registradas conforme a la ley del Registro donde se han inscrito por primera vez solventaría muchas de las insuficiencias del sistema y se erige en una opción factible y realmente acorde con los principios inherentes a la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez González, A.: “¿Qué norma de conflicto de leyes hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?”, *REDI*, vol. LXIX, nº 1, 2017, pp. 19–48.
- Álvarez González, S.: “Derecho interregional. Claves para una reforma”, *AEDIPr*, t. 3, 2003, pp. 37–73.
- Álvarez González, S.: “El Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o simplemente llamativos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, nº 4, 2015, pp. 7–82.
- Andrés Sáenz de Santa María, M.P.: “El art. 12.5 del Código Civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo”, *RGLJ*, 1978, pp. 59–75.
- Arenas García, R.: “Concepto y tratamiento del matrimonio en el Derecho internacional privado europeo”, *La Ley Derecho de familia*, nº 26, abril–junio 2020.
- Bayod López, C.: “Pareja estable y requisitos de capacidad. Ámbito de aplicación de la ley aragonesa de parejas de hecho no casadas (Ley 6/1999 de 26 de marzo)”, *RGLJ*, 2002, nº 4, pp. 557–559.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: “La competencia para legislar sobre las parejas de hecho”, *Derecho privado y Constitución*, nº 17, 2003, pp. 61–88.
- Bercovitz Rodríguez Cano, R.: “Artículo 16.1 Cc”, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, t. I, Madrid, Madrid, 1978, pp. 518–519.
- Boele Woelki, K. y Fuchs, A. (eds.): *Legal recognition of same sex couples in Europe*, Amberes–Oxford, Intersentia, 2003.
- Bonomi, A.: “Autonomie des parties en droit patrimonial de la famille et intérêts des entrepreneurs: aspect de droit matériel et de droit international privé”, *Revue suisse de droit international et droit européen*, vol. 14, nº 4, 2004, pp. 459–482.
- Borrás, A.: “Les ordres plurilegislatifs dans le droit international privé actuel”, *Recueil des Cours*, t. 249, 1994–V, pp. 145–368.
- Borrás, A.: *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho Interregional español*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1984.
- Carrascosa González, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, *Tratado de Derecho Internacional privado*, t. II (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, dirs.), Valencia, 2020.
- Cebrián Salvat, M.A.: “Los efectos patrimoniales de las parejas no registradas en Derecho Internacional privado español”, *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 127–143.
- Corneloup, S.: “Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2010–2012, Paris, Pédone, 2013, pp. 189–222.
- Diago Diago, M^a. P.: “Art. 22. Elección de ley aplicable”, en *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea* (J.L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 209–219.
- Diago Diago, M^a. P.: “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual” *REDI*, vol. LXVI, nº 2, 2014, pp. 49–79.

- Fernández Rozas, J.C., "Nacionalidad, vecindad civil y vecindad administrativa: consideraciones sobre su desarrollo constitución", *REDI*, vol. XXXIII, nº 1, pp. 141-159.
- Font i Segura, A.: "La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones", en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, I. Calvo Vidal (coord.), Consejo General del Notariado, 2014, pp. 75-121.
- Font i Segura, A.: *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Colección De Conflictu Legum, nº 10, Santiago de Compostela, 2007.
- Francescakis, P.H.: *La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París, Sirey, 1958.
- Gannagé, P.: "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 425 ss.
- Garau Juaneda, L.: "Un paso más en la errática determinación del ámbito de aplicación de las normas autonómicas en materia de parejas de hecho: la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco", *Bitacora Millenium*, nº 6, julio-diciembre, 2017.
- García Rubio, M^a. P.: "Parejas de hecho y lealtad constitucional", en *Estudios de derecho civil: homenaje al Prof. Francisco Javier Serrano* (T. Torres García, coord.), Universidad de Valladolid, 2004, pp. 35-64.
- Gaudemet-Tallon, H.: "Le désunion de couple en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 226, 1991.
- Gautier, P-Y.: "Les couples internationaux des concubins", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991-1993, pp. 524-539.
- González Beilfuss, C.: *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- Hammje, P.: "Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code Civil (Loi nº 2009-526 du 12 mai 2009, article 1^{er})", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2009, pp. 483-491.
- Iglesias Buigues, L.: "Art. 33", en *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea, comentarios a Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, J. L. Iglesias Buigues y G. Palao Moreno (drs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 356-371.
- Jiménez Blanco, P.: *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos: un estudio del Reglamento nº 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- Lagarde, P.: "La règle de conflit applicable aux questions préleables", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 460-484.
- Lehmann, M.: "Recognition as a substitute for conflicts of Laws?", en *General principles of European private international law*, S. Leyble dir., Wolters Kluwer Law, 2016, pp. 11-43.
- Magallón Elósegui, N.: "El Reglamento de sucesiones y los sistemas plurilegislativos: el caso español", *Jado*, año XII, nº 25, 2013, pp. 343-355.
- Magallón Elósegui, N.: "Las leyes de parejas de hecho y sus distintos criterios de aplicación: un problema de Derecho interregional", en *Guía práctica sobre el régimen jurídico de las parejas de hecho* (R. Castillejo (dra.), Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2012, pp. 165-196.
- Magallón, N. y Fotinopoulou, O.: "La pensión de viudedad y las parejas de hecho: análisis de la remisión efectuada por el art. 174.3 de la LGSS a las CCAA con Derecho civil propio para

- regular los requisitos de acceso a la prestación de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho social*, nº 48, 2009, pp. 185–217.
- Magallón, N., Lasa B., e Iruretagoiena I.: “Análisis de la Ley Vasca 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho: una aproximación internacional-privatista”, *REVAP*, nº 67, 2003, pp. 301–328.
- Martín Casals, M.: “Informe de Derecho comparado sobre la regulación de la pareja de hecho”, *ADC*, 1995, pp. 1709–1808.
- Mayer, P.: “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005.
- Pecourt García, E.: “Problemática de la cuestión preliminar en Derecho Internacional privado”, *Revista de Derecho español y americano*, 1966, pp. 11–60.
- Pérez Milla, J.J.: “Efectos patrimoniales de las uniones registradas autonómicas y reglamentos de la Unión Europea: respondiendo a problemas complejos”, *Revista de Derecho civil aragonés*, nº 25, 2019, pp. 129–156.
- Pérez Vera, E.: “Las parejas de hecho desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español”, *Estatuto personal y Multicultural de la familia* (J.L. Iriarte y A. Calvo Caravaca, dirs.) Colex 2000.
- Quiñones Escámez, A.: “Eficacia extraterritorial de las uniones de pareja: nuevas normas de Derecho Internacional Privado en la Ley alemana (2001)”, *RJC*, vol. 101, nº 3, 2002, pp. 833–858.
- Quiñones Escámez, A.: “Propositions pour la formation la reconnaissance et léfficacité internationale des unión conjugales ou de couple”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 96, nº 2, 2001, pp. 358–382.
- Quinza Redondo, P., y Chistandl, G.: “Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español”, *InDret*, julio, 2013.
- Rodríguez Benot, A.: “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *CDT*, vol. 11, nº 1, pp. 8–50.
- Rodríguez Pineau, E.: “Los efectos patrimoniales de las uniones registradas: algunas consideraciones sobre la propuesta del Reglamento del Consejo”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 937–955.
- Sánchez Lorenzo, S.: “La aplicación de los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 131–148.
- Sánchez Lorenzo, S.: “Las parejas no casadas ante el Derecho Internacional privado”, *REDI*, vol. XLI, pp. 487–532.
- Soto Moya, M.: “El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho Internacional privado”, *REEI* nº 35, 2018.
- Thorn, K.: “The German Conflict of Laws rules on registred partnership” en K. Boele Woelki y A. Fuchs (eds.), *Legal recognition of same sex couples in Europe*, Amberes-Oxford, Intersentia, 2003, pp. 137 ss.
- Urrutia, A y Iriarte Ángel, F. B.: “La espinosa cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho registradas y los conflictos internos: una visión desde el País Vasco”, *Bitácora Millenium*, nº 7, 2018.

Zabalo Escudero, M.E.: "Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el Ordenamiento español", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria/Gasteiz*, 1994, Universidad del País Vasco, Tecnos, 1995; pp. 253–302.

Zabalo Escudero, M.E.: *La legislación autonómica sobre parejas de hecho y los conflictos de leyes internos*, GGPJ, Manuales de formación continuada, nº 28, 2004.

Recibido: 26 julio 2021
Aceptado: 12 octubre 2021

El cambio de paradigma de la discapacidad: el modelo inclusivo en las relaciones transfronterizas

Carmen PARRA RODRÍGUEZ *

SUMARIO: 1. Introducción. II. La incorporación del art. 12 de la Convención de la Discapacidad en el Derecho español. 1.El cambio de paradigma en el Derecho español de la discapacidad: A) El respeto a la voluntad de la persona con discapacidad; B) El establecimiento de medidas de apoyo. III. La incidencia de la Ley 8/2021 en las relaciones transfronterizas de personas con discapacidad. 1. La competencia de autoridades en la regulación de la discapacidad con carácter transfronterizo: A) El foro de la residencia habitual; B) El foro de las medidas cautelares. 2. Las cuestiones relativas a la ley aplicable en las relaciones transfronterizas que afectan a la capacidad jurídica: A) Respecto a la calificación; B) Respecto a los puntos de conexión. 3. El reconocimiento y ejecución de decisiones emitidas por autoridades judiciales y administrativas en materia de discapacidad: A) Decisiones emitidas por autoridad judicial extranjera para su reconocimiento en España; B) Decisiones emitidas por autoridad administrativa extranjera para su reconocimiento en España; C) Eficacia extraterritorial de decisiones dictadas por autoridades españolas en el extranjero. IV. Conclusiones.

RESUMEN: El modelo inclusivo de discapacidad tiene como objetivo dar respuesta al actual marco jurídico establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo aprobado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El objetivo de ambos instrumentos internacionales ha consistido en hacer prevalecer la autonomía de la voluntad sobre la protección que tradicionalmente ha regido las relaciones de las personas con discapacidad. Esta circunstancia ha supuesto un cambio de paradigma con efectos en los ordenamientos legislativos, en concreto en el ordenamiento español, afectando tanto a las relaciones internas como a las relaciones transfronterizas que se generan por los procesos migratorios propios del siglo XXI. Aspectos relativos a la determinación de las autoridades competentes para tomar medidas de protección, figuras jurídicas validadas por la ley aplicable en procesos de diversidad funcional o reconocimiento de resoluciones dictadas por autoridades judiciales o administrativas en otros Estados, son algunas de las situaciones jurídicas que deberán ser resueltas desde la órbita del Derecho internacional privado. Para ello se deberá tener en cuenta el impacto de la globalización y su repercusión en las relaciones con elementos de extranjería que afectan a las personas que presentan capacidades diversas, sin que ello genere conflictos entre las diferentes autoridades y legislaciones que deben ocuparse de su protección.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad Abat Oliba CEU.

PALABRAS CLAVE: DISCAPACIDAD, MODELO INCLUSIVO, EFECTOS TRANSFRONTERIZOS, PROTECCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES, MEDIDAS DE APOYO.

The Disability Paradigm Shift: The Inclusive Model in Cross-Border Relationships

ABSTRACT: *The disability inclusive model aims to respond to the current legal framework established by the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol adopted on 13 December 2006 by the General Assembly of the United Nations. The objective of both international instruments has been to make autonomy of will prevail over the protection that has traditionally governed the relations of persons with disabilities, which has meant a paradigm shift with effects on legislative systems. This change has led to a major change in Spanish law that will affect both internal and cross-border relations generated by the migration processes of the twenty-first Century. Aspects related to the determination of the competent authorities to take protection measures, legal figures validated by the applicable law in processes of functional diversity or recognition of resolutions issued by judicial or administrative authorities in other States, are some of the legal situations that must be resolved from the orbit of private international law. This should take into account the impact of globalization and its impact on relations with elements of foreigners that affect people with different abilities, without generating conflicts between the different authorities and laws that must deal with their protection.*

KEYWORDS: *DISABILITY, INCLUSIVE MODEL, CROSS-BORDER EFFECTS, PROTECTION OF VULNERABLE PERSONS, SUPPORT MEASURES.*

I. INTRODUCCIÓN

El modelo inclusivo establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención de Discapacidad) y su Protocolo Facultativo aprobado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹ recogen los derechos de las personas con capacidades diversas, así como las obligaciones de los Estados de cara a su implementación. Su objetivo ha consistido en hacer prevalecer los derechos humanos sobre los criterios adoptados

¹ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 ratificada por España y publicada en el BOE 21.4.2008. *Vid.* M.E. Torres Costas, *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Colección Derecho Privado, BOE, 2020; R. Kayess, P. French, "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", *Human Rights L. Rev.*, vol. 8, nº 1, 2008, pp. 1-34; A. Dhanda, "Legal capacity in the disability rights Convention: Stranglehold of the past or lodestar for the future?", *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, vol. 34, 2006-2007, pp. 429 ss; F. Mégret, "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?", *Human Rights Quarterly*, vol. 30, nº 2, 2008, pp. 494-516.

tradicionalmente por los Estados, lo que está dando lugar a un cambio de paradigma en relación a los derechos de las personas con discapacidad.

Para dar respuestas a los interrogantes que plantea esta nueva regulación es necesario conocer cuáles han sido los orígenes jurídicos que han inspirado a las legislaciones nacionales en la evolución normativa de la discapacidad. Se evaluarán así los pros y contras que dicha regulación puede suponer en la práctica tanto para los casos que deban ser resueltos ante los tribunales, como para la seguridad jurídica de las personas que tienen capacidades diversas.

Tradicionalmente, las personas con discapacidad han sido consideradas como personas con serias limitaciones, las cuales, de una u otra manera, han sido apartadas de la sociedad bien por considerarlas socialmente invisibles, o bien por estar imposibilitadas para celebrar actos jurídicos dada su falta de capacidad para regir sus vidas. Para asegurar su protección, era necesaria la intervención de un representante que aparentemente sería el encargado de velar por sus derechos en función de una serie de modelos basados en diferentes principios.

En un primer momento el modelo de la prescindencia consideraba que la discapacidad tenía origen religioso estableciendo que la persona no podía aportar nada a la sociedad, lo que hacía que fuera apartada prescindiéndose de cualquier actuación que supusiera un contacto social².

El segundo modelo dio un paso adelante en la consideración del individuo con discapacidad ofreciendo una solución con carácter rehabilitador. Este modelo se apartaba del origen religioso como causa de la discapacidad alegando un origen científico, por esta razón se rehabilitaba al sujeto para que pudiera ser incorporado dentro de la sociedad. Este modelo volvía a situar la solución fuera del ámbito de la persona ya que al considerar que los efectos producidos por la discapacidad eran el resultado de sus limitaciones, hacía necesario la calificación de un profesional de la salud a través de un diagnóstico médico que autorizara su reincorporación a la sociedad³.

Frente a estos dos modelos, surge el modelo social de discapacidad, según el cual, la discapacidad la crea las barreras que la sociedad construye en torno a los sujetos. Ya no se habla de personas que tienen mermadas sus capacidades si no que por el contrario se trata la diversidad de capacidades

² A. Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.

³ M. De las Heras, "Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU. 2016, [<http://envejecimiento.esic.es/docuemtnos/heras-discapacidad-01.pdf>] (fecha de la última consulta: 5 de mayo de 2021), pp. 1-17.

desde un modelo abierto en el que todos pueden aportar valores a la sociedad en la medida que se promueva y se logre la inclusión y la aceptación de la diversidad⁴.

Este modelo social ha sido el elegido por la Convención de Discapacidad, ensalzando los derechos humanos y anteponiendo el principio de igualdad frente a otros valores que han estado presentes en la regulación de los derechos de los individuos. Es el art. 12 de esta Convención el que protege los intereses de las personas con discapacidad estableciendo que tienen “capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”⁵.

A partir de este mandato los Estados están obligados a adoptar medidas de apoyo y salvaguarda para las personas con discapacidad, de tal manera que les ayuden a expresar su voluntad en las actividades de su vida cotidiana o de carácter extraordinario.

Sin embargo, su aplicación práctica está generando numerosos interrogantes que han sido atribuidos a la falta de un análisis objetivo de la institución, así como a no haber consultado las necesidades tanto en el ámbito personal como profesional que envuelve a las personas que tienen limitada su capacidad. Además se le ha criticado la falta de modificaciones coherentes y ordenadas frente a las instituciones existentes ya reguladas, lo que en un futuro cercano puede dar lugar a nuevos problemas que perjudiquen a las personas que tienen una capacidad diversa⁶.

⁴ Protocolo Iberoamericano de actuación judicial para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, migrantes, niñas, niños, adolescentes, comunidades y pueblos indígenas, 2014 [<<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/67059>>] (fecha de última consulta: 10 de mayo de 2021).

⁵ Art. 12.2º del Convenio de Nueva York de 2006. La Convención de Discapacidad no separa la capacidad jurídica de la capacidad de obrar, distinción que sí recoge el ordenamiento español. El carácter innovador del artículo 12 no ha sido recibido pacíficamente, generando numerosas reservas y declaraciones interpretativas por parte de los Estados. *Vid.* en este sentido la web del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad [<<https://www.ohchr.org/sp/HRbodies/crpd/Pages/CRPDindex.aspx>>] (fecha de la última consulta: 8 de abril de 2021). *Vid.* N. Pastor Palomar, “Reservas a la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 37, junio 2019, pp. 1–34. Para ayudar en su implementación y aclarar el alcance de esta norma, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité), realizó una serie de Observaciones Generales, dedicando la primera de ellas a resolver las dudas que se habían generado para su implementación en los textos legislativos nacionales. *Vid.* Observación general nº 1 del Comité de la Convención de las personas con discapacidad de CRPD /CGC/1, 31 de marzo a 11 de abril de 2014.

⁶ *Vid.* S. De Salas Murillo, “Significado jurídico del ‘apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica’ de las personas con discapacidad; presente tras diez años de convención”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, mayo, 2018, pp. 1–27.

Desde esta perspectiva, y sin entrar a valorar situaciones meramente internas, los supuestos con elementos transfronterizos también vislumbran cambios legislativos que supondrán la adaptación dentro del marco legal de los Estados tanto a nivel judicial como de ley aplicable, especialmente si se quiere proteger a nivel global los derechos de las personas con discapacidad.

I. LA INCORPORACIÓN DEL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

El art. 12 del Convenio de Discapacidad se ha incorporado en la legislación española a través de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁷ (en adelante la Ley 8/2021). Dicha norma ha nacido para alinear la normativa española con el art. 12 de la Convención de la Discapacidad⁸, erradicando así el régimen paternalista y de sustitución que tradicionalmente ha inspirado la legislación española en materia de discapacidad⁹.

⁷ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE nº132, de 3 de junio de 2021. Esta ley modifica parcialmente el articulado de diferentes normas que afectan a la capacidad jurídica de las personas, así como a las medidas de apoyo que pudieran necesitar. Este tipo de “ley puzzle” dificulta su aplicación ya que la incorporación de modificaciones parciales deja lagunas e incoherencias dentro de los textos legislativos. Como técnica legislativa hubiera sido preferible crear una ley especial. *Vid.* A. Pau, “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3, 2018, pp. 5–8.

⁸ A. García Pons, “El art. 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, y su impacto en el Derecho Civil de los Estados Signatarios: el caso de España”, *ADC*, enero–marzo, 2013, pp. 59–148.

⁹ No obstante, la aplicación igualitaria de la capacidad de las personas ha estado presente en nuestro ordenamiento, siendo recogido expresamente en los art. 10, 14 y 49 de la Constitución española que consideran la discapacidad como una circunstancia personal protegida contra cualquier forma de discriminación. Esta misma interpretación se inició con la jurisprudencia española a partir de la STS 282/2009, 29 de abril de 2009 STS 2362/2009 – ECLI:ES:TS:2009:2362 a la que han seguido otras sentencias. Sin embargo, a pesar de la interpretación jurisprudencial acorde al espíritu de la Convención, era necesaria una adaptación legislativa que favoreciera la seguridad jurídica estableciendo el nuevo paradigma que debe estar presente en la regulación de los derechos que amparan a las personas con discapacidad. Para ver un resumen de las principales normas que han sido modificadas en relación a la protección de las personas con discapacidad *vid.* M. Linacero de la Fuente, “El repte de la reforma de la legislación civil en materia de discapacitat”, *La Notaría*, nº 1–2, 2020, pp. 78–97. Los déficits que presenta el Anteproyecto de ley han sido analizados en A.L. Martínez Pujalte, “Legal Capacity and supported Decision–Making lessons from some recent legal reforms”, *Laws*, nº 8, nº 1, 2019, pp. 1–21.