

LAS “UNIONES REGISTRADAS” EN ESPAÑA COMO
BENEFICIARIAS DEL DERECHO DE LA UE
A PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA 2004/38/CE
Y DEL REGLAMENTO (UE) 2016/1104*

SPANISH “REGISTERED PARTNERSHIPS” AS BENEFICIARIES
OF EU LAW ACCORDING TO THE DIRECTIVE 2004/38 (EC)
AND THE REGULATION (EU) 2016/1104

DIANA MARÍN CONSARNAU

Profesora lector. Derecho internacional privado
Universitat Rovira i Virgili
orcid ID: 0000-0001-8882-7325

Recibido: 30.06.2017 / Aceptado: 24.08.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3880>

Resumen: El legislador europeo contempla las uniones registradas como modelos familiares beneficiarios del derecho a la libre circulación y residencia, cuyos obstáculos además precisan ser eliminados cuando se trata de resolver los problemas derivados en la administración o división de su patrimonio. Esta realidad impacta en el legislador interno a distintos niveles. Uno de ellos es la voluntad de plantearse si las parejas nacidas a la luz de la normativa interna pueden o no acogerse a las bondades que ofrecen los instrumentos europeos como son la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004 y el Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016. Cuestión a la que forzosamente se ha visto abocado el legislador catalán, cuyo intento de adaptación a la categoría de pareja registrada sigue presentando interrogantes tras el Decreto-ley 3/2015, de 6 de octubre, relativo a la creación del Registro de parejas estables.

Palabras clave: unión registrada, libertad de circulación y residencia, derechos de residencia, efectos patrimoniales.

Abstract: The aim of this report is to analyze the current situation of Spanish “registered partnerships” and the application of benefits included in the Directive 2004/38/EC of 29 April 2004 and in the Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016. The European instruments promote their freedom of movement and residence, the obstacles to which shall be eliminated, in particular regarding the difficulties experienced by couples in managing or dividing their property, although that impacts in the national Law in different levels. One of them implies to discussion concerning the application of both instruments according to the definition of registered partnership. In order to manage it, the Catalan Civil Code has been amended by the Decree-Law 3/2015 of October 6, relating to the creation of a Register of unmarried partners. However, the Catalan Register shows some characteristics that pose new questions to solve.

Keywords: registered partnership, freedom of movement and residence, residence rights, property consequences.

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado “Recíproco encaje y coherencia de los ámbitos de los Reglamentos comunitarios de Derecho internacional privado”, financiado por el Ministerio de Economía y competitividad, con referencia DER2016-75318-P.

Sumario: Sumario: I. Introducción. II. Los problemas que plantea desde la perspectiva española la definición de “unión registrada” en los instrumentos europeos III. Del asunto Ann Florence Reed a la Directiva 2004/38/CE. IV. La transposición de la Directiva 2004/38/CE y las problemáticas como Estado miembro de acogida y como Estado miembro del registro. V. Los efectos al veto de los registros y a su levantamiento. 1. Naturaleza y efectos de los registros. 2. Condiciones para el reconocimiento. 3. La exigencia de registro único. 4. Desigualdad y turismo registral. 5. Nuevos retos: El Reglamento (UE) 2016/1104. VI. La creación de un Registro de parejas estables en Cataluña. 1. Derechos de residencia. 2. La aplicabilidad del Reglamento (UE) 2016/1104 a debate. VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. El Derecho de la Unión Europea acoge a las uniones registradas como un modelo de familia que acompaña al ciudadano de la Unión en el ejercicio de las libertades comunitarias. En este sentido las uniones registradas son reconocidas por la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004¹, como familiares beneficiarios del derecho a la libre circulación y residencia. Reconocimiento que ahora con el Reglamento (UE) 2016/1104, 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 registradas², ayuda a situarnos en otra esfera, puesto que contamos con un instrumento destinado a eliminar los obstáculos a la libre circulación de estas parejas que permite resolver los problemas a los que se enfrentan en la administración o división de su patrimonio.

En principio esta cuestión podría ser tratada como la evolución natural de los derechos de residencia a las soluciones que precisan abordarse respecto a las relaciones jurídicas privadas de estas parejas en sus movimientos transfronterizos. Sin embargo, ambos instrumentos proporcionan unas definiciones de unión registrada, a efectos exclusivos de su aplicación, que desde la perspectiva interna de unión registrada ofrecen dificultades en el complejo camino hacia una aplicabilidad coordinada de la Directiva y del Reglamento.

El objeto del presente trabajo es analizar precisamente la problemática que se genera en el logro de una aplicación sincrónica, si ese es el deseo del legislador europeo e interno, de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104, especialmente cuando lo pareja se inscribe en España en un registro de carácter autonómico o municipal, prestando especial atención al Registro de parejas estables creado en Cataluña a finales del año 2015 y que se ha puesto marcha durante el año 2017.

II. Los problemas que plantea desde la perspectiva española la definición de “unión registrada” en los instrumentos europeos

2. En un contexto de derechos de ciudadanía y libertades comunitarias, las relaciones de carácter afectivo no matrimoniales, entre un ciudadano de la Unión y un nacional de un tercer Estado, juegan un complejo papel en los procesos de reagrupación familiar, conectándose el reconocimiento de los vínculos familiares a efectos de residencia³ con las cuestiones que afectan a su esfera jurídico privada⁴. Estos

¹ Directiva 2004/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. *DOUE* L 158/77 de 30 de abril de 2004.

² *DOUE* L 183 de 8 de julio de 2016.

³ Como ha señalado Esteban de la Rosa en relación a los procesos de reagrupación familiar y el Derecho internacional privado: “Quizá una de las ocasiones en las que ambos ordenamientos entran en relación de forma más frecuente tiene lugar con ocasión de la tramitación de la reagrupación familiar, dado que es preciso acreditar o demostrar el vínculo del parentesco”. Véase en G. ESTEBAN DE LA ROSA, *Inmigración y Derecho internacional privado*, Madrid, Difusión Jurídica, 2009, p. 195.

⁴ En referencia al papel de la interacción entre ambos S. SÁNCHEZ LORENZO, “Las parejas no casadas ante el derecho internacional privado”, *REDI*, vol. 41, n° 2, 1989, p. 505. Y es que la relación familiar que manejan los instrumentos comunitarios es una cuestión previa al Derecho de extranjería y al Derecho internacional privado en las relaciones personales y patrimoniales

procesos pueden tener su origen en los movimientos transfronterizos que un ciudadano de la Unión realiza al trasladar su residencia de un Estado miembro a otro Estado miembro. Pero también se dan en supuestos en los que la pareja mixta se crea en el Estado miembro en el que el ciudadano de la Unión posee la nacionalidad y en el que siempre ha residido.

La primera de las situaciones encuentra acogida en la Directiva 2004/38/CE. En su art. 3.1 incluye como miembros de la familia del ciudadano de la Unión beneficiarios de la extensión del derecho de residencia a las uniones registradas, a la vez que en su art. 3.2 impulsa a que los Estados miembros faciliten la entrada y la residencia a aquellas parejas que mantengan una convivencia estable fáctica y debidamente probada.

No obstante, tal y como ha puesto de manifiesto el TJUE, la Directiva no resulta aplicable en aquellos casos en los que el ciudadano de la Unión reside y siempre ha residido en el Estado miembro del que es nacional⁵. Aunque, por el momento, nada impide que un Estado miembro pueda otorgar a los familiares de sus propios nacionales que no han ejercido el derecho a libre circulación y residencia en otro Estado miembro, el mismo trato en la reagrupación familiar que recibiría cualquier ciudadano de la Unión de otro Estado miembro. En consecuencia, y trasladando la cuestión al Derecho de extranjería de los Estados miembros, el régimen aplicable a los familiares de dichos ciudadanos de la Unión “estáticos” podrá ser el régimen general de extranjería o el régimen previsto para los ciudadanos de la UE y sus familiares, generándose, si se opta por la primera de las opciones, una política de discriminación inversa⁶.

Estas reglas del juego complican la transposición de la Directiva en España en lo referente a las uniones registradas⁷. La falta de una regulación de unión registrada con carácter propio y que acceda al Registro civil se enfrenta a la ardua tarea de encontrar el equilibrio en el mantenimiento de un sistema que otorgue un trato igualitario a los familiares de ciudadanos de la Unión que trasladan su residencia a España y a los familiares de los nacionales españoles, independientemente de si el nacional español ha ejercido o no el derecho a la libre circulación y residencia⁸. Opción actual de la normativa española que ha sido forzada por la postura mantenida por el Tribunal Supremo en referencia a la anulación de la expresión “que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado” contenida en el originario art. 2. b) RD 240/2007⁹.

A este escenario tenemos que sumar la embrollada técnica que ofrece la Directiva 2004/38/CE para no injerir en el derecho interno de los Estados miembros respecto la existencia de las uniones registradas y que éstos resulten obligados o no a reconocerlas como beneficiarias del derecho de residencia en régimen de libre circulación. El carácter preceptivo de su inclusión se debe al cumplimiento de unos requisitos que aparecen en la definición de unión registrada que proporciona la Directiva, insistimos, a efectos exclusivos de su aplicación: que se trate de una relación afectiva análoga a la matrimonial, celebrada conforme a la ley un Estado miembro y en la que además se otorgue un trato equivalente al

de estas parejas. E. ZABALO ESCUDERO, “Relaciones internacionales de familia y derechos de los extranjeros a vivir en España”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 18, 2008, p.1.

⁵ STJUE 8 de marzo de 2011, *Ruiz Zambrano*, 34/09, *Rec. I-01177*. 2011, apartado 39. Véase comentario sobre esta concreta cuestión en P. ABARCA JUNCO, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (STJUE *Ruiz Zambrano*)”, *REEL*, nº 23, 2012, pp. 13-15.

⁶ La discriminación inversa ha sido tratada ampliamente por la doctrina: A. BORRÁS, “Le Droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *Recueil des Cours*, tome 317, 2005, p. 341; D. SCHAFFRIN, “Which standard for family reunification of third-country nationals in the European Union?”, en J- Y. CARLIER; P. DE BRUYCKER (Coord.), *Immigration and asylum law of the EU: current debates*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.143; J. D. JANER TORRENS, “El ámbito de la aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 14, 2003, p. 308; E. CANNIZZARO, “Producing reverse discrimination Through the Exercise of EC Competences”, *Yearbook of European Law*, nº 17, 1998, p. 29; H. U. JESSURUN D’ OLIVEIRA, “Is Reverse Discrimination Still Permissible Under the Single European Act?”, en AA.VV., *Forty years on: the evolution of post war private international law in Europa: symposium in celebration of the 40th anniversary of the Centre of Foreign Law and Private International Law*, Amsterdam, Kluwer, 1990, p. 71; D. PICKUP, “Reverse discrimination and freedom of movement for workers”, *Common Market Law Review*, nº 23, 1986, p. 137.

⁷ Las dificultades para la correcta transposición de la Directiva y el papel de la ciudadanía de la Unión fueron puestas de manifiesto tempranamente. A. BORRÁS, *op. cit.*, pp. 361-363.

⁸ Señalado como un privilegio que otorga la legislación española a los familiares de españoles. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Liberdades comunitarias y nacionales de terceros estados”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo V, 2005, p. 259.

⁹ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1 de junio de 2010, *RJ* 2010\5470.

matrimonio en el Estado miembro de acogida¹⁰. A partir de ahí, la Directiva se preocupa de las formas de acreditación en el proceso de la solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión¹¹ y se centra en pautar aquellas cuestiones que afectan al reconocimiento de derechos de residencia en el Estado miembro de acogida.

De este modo, el Estado miembro de acogida se verá obligado a la inclusión de las uniones registradas en la transposición de la Directiva cuando las uniones registradas en dicho país reciban un trato equivalente a la unión matrimonial. Sin embargo, también se le permite establecer condiciones para su reconocimiento como familiar del ciudadano de la Unión, al añadir al final de la definición “y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida”. La complicación estriba entonces en fijar, si es posible, la determinación de los términos de la equivalencia en los que se mueve la Directiva¹² y discernir qué condiciones del Estado miembro de acogida no resultan ser un elemento subjetivo que afecte a la existencia de la pareja, puesto que entendemos que éstos últimos son competencia del Estado miembro conforme a la legislación del cual se ha constituido la unión registrada.

La intención del legislador europeo resulta en principio respetuosa en la no intrusión en el derecho interno sobre las regulaciones de este tipo de uniones. En este sentido puede considerarse que es de relativamente clara aplicación y fácil transposición para aquéllos que regulan propiamente una institución de unión registrada con un trato equivalente a la unión matrimonial, en cuyo caso la inclusión es preceptiva, y para aquellos que las desconocen, que podrán o no incorporarla. Sin embargo, el problema emerge cuando la definición proporcionada por la Directiva no encuentra un claro encaje, como ocurre en el caso español. Y es que aunque de acuerdo con las legislaciones autonómicas que regulan las parejas estables conforme el principio constitucional de protección de la familia¹³, y que contemplan la inscripción en un registro público, puede justificarse la existencia de un trato equivalente respecto a las uniones matrimoniales, lo cierto es que a la par también puede discutirse la existencia en España de la categoría de unión registrada propuesta por la Directiva, puesto que la inscripción en un registro no presupone en sí misma la consolidación de una figura de unión registrada con entidad civil propia. Esto es, que se reconozca dicho registro como la celebración de una unión registrada en los términos de la Directiva. Las uniones afectivas no matrimoniales, fruto de estas de estas normativas autonómicas, son una institución jurídica y el registro de parejas no es desconocido en el ordenamiento jurídico español¹⁴. Pero la realidad es que existen distintos modelos de parejas no casadas con denominaciones y regulaciones autonómicas dispares y con un denominador común: no son uniones que acceden al Registro civil. A ello le sumamos que en las distintas regulaciones autonómicas de parejas no casadas (algunas de ellas con competencia civil y otras no) el registro de parejas de carácter administrativo no siempre existe, y en el caso de existir, su inscripción puede tener o no un carácter obligatorio y/o constitutivo¹⁵.

Esta es la atmósfera en la que se plantea el reto de la transposición de la Directiva 2004/38/CE efectuada por el RD 240/2007, de 16 de febrero¹⁶, cuya voluntad es la de acoger a las uniones registra-

¹⁰ Surge de la relación entre los art. 3.1 y 2, apartado 2, b) de la Directiva 2004/38/CE.

¹¹ Art. 10.2 Directiva 2004/38/CE. Se trata de la acreditación del vínculo a través de los requisitos de autenticidad del documento. A estos efectos y en concreto sobre los documentos públicos en el trámite de la solicitud de la tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión véase M. FONT I MAS “Los procedimientos de validación de los documentos públicos en el derecho de extranjería: especial referencia a la apostilla electrónica”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 31, 2012, pp. 224-229.

¹² Cuestión que queda abierta en la Directiva como ha puesto de manifiesto J-Y. CARLIER, “Le devenir de la libre circulation des personnes dans l’Union Européenne: regard sur la Directive 2004/38”, *Cahiers de Droit Européen*, nº 1-2, 2006, p. 17-18.

¹³ Estas regulaciones autonómicas clarifican la situación jurídica de las parejas, sin que ésta llegue a equipararse a la de los matrimonios. B. RODRÍGUEZ RUIZ, “Posición constitucional de las parejas de hecho”, en E. ROCA TRÍAS (Dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 36.

¹⁴ Se pasa de una situación de hecho hacia una institución jurídica a medida que su estatuto se vuelve más complejo. J. M. FONTANELLAS MORELL, “Noves perspectives per a una regulació de les unions de fet en el Dret internacional privat espanyol”, en J. M. MARTINELL, M. T. ARECES PIÑOL (Eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, Servei de publicacions de la Universitat de Lleida, 1998, p. 242 y I. GALLEGÓ DOMÍNGUEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de estudios registrales, 1995, pp. 80-82.

¹⁵ En el estudio de detección de estos registros D. MARÍN CONSARNAU, *La reagrupación familiar en el régimen comunitario: problemas de discriminación inversa*, Barcelona, Bosch, 2010, pp. 155-163.

¹⁶ Esta norma ha sido modificada en diversas ocasiones. Puede consultarse la versión consolidada en: http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Normativa/nacional/ciudadanos_ue/index.html.

das como miembros de la familia del ciudadano de la Unión (incluyéndose al nacional español)¹⁷. Este propósito nos sitúa en una posición peculiar, tanto como Estado de acogida (cuando la pareja se ha registrado en otro Estado miembro y traslada su residencia a España)¹⁸, como cuando actuamos como Estado del registro (cuando la pareja se inscribe en un registro en España y después traslada o no su residencia a otro Estado miembro)¹⁹.

Aunque la Directiva no se preocupa especialmente de las cuestiones que afectan como Estado miembro del registro, las consecuencias en la transposición, como veremos, no pasan desapercibidas en su aplicación. Ante una realidad como la nuestra, si como Estado miembro de acogida incluimos a las parejas registradas existen consecuencias inevitables como Estado miembro del registro, ya sea a) aceptando que existe la figura de unión registrada a efectos de la Directiva o b) efectuando una transposición más favorable.

Y es que aun posicionándonos en que a) o b) es lo que sucede en España nos topamos con la realidad de nuestras parejas no casadas, intensificándose la problemática en el caso de las uniones mixtas (entre español y nacional de un tercer Estado) inscritas en un registro municipal o autonómico, en el que con alta frecuencia nos encontramos con que la pareja quiere seguir residiendo aquí. En este supuesto jugamos el doble papel de Estado del registro-“acogida”²⁰. Papel que no juegan los Estados miembros en los que la reagrupación familiar de los propios nacionales que no han ejercido sus derechos de libre circulación y residencia quedan al margen del régimen de reagrupación familiar previsto en la Directiva 2004/38/CE²¹. La consecuencia de este amparo extenso es que la inscripción en un registro de la pareja conduce a que en la práctica, según el lugar de España en el que la pareja reside puede o no acceder al estatus de residencia en régimen de libre circulación. Y ello por considerar la inscripción en el registro un estatus que eleva a la pareja a la categoría de unión registrada y que lleva aparejada, de cumplirse con determinados requisitos, la obtención de la correspondiente tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión.

Cuestión que en Cataluña, en la que centraremos nuestro trabajo, además reviste de una especial complejidad. El modelo de convivencia estable de pareja que prevé el libro segundo del Código civil de Cataluña no ha contemplado dicho registro como una fórmula para constituirse como una pareja estable y tampoco este fenómeno se ha producido con la modificación operada por el Decreto-ley 3/2015, de 6 de octubre²², destinado a la creación de un Registro de parejas estables. Cambio que además llega con otra modificación al RD 240/2007, efectuada por el RD 987/2015, de 30 de octubre²³, y que proporciona nuevas perspectivas a la familia extensa, en la que se encuentran las parejas estables no registradas, y se acoge su residencia en el régimen de extranjería de libre circulación. Esto genera un nuevo contexto de escalera de soluciones a la falta de registro o de un registro distinto al que emana de la voluntad del legislador europeo en cuanto a la dotación de efectos de residencia.

Pero no acaba aquí la enmarañada situación que acompaña a las uniones registradas en Cataluña. Además de la voluntad manifestada por la norma catalana referente a que la creación del registro de

¹⁷ El Consejo de Estado ya advirtió sobre las disfunciones que podía provocar la inclusión de estas parejas y no por ser una figura desconocida por nuestro ordenamiento jurídico, sino por la inexistencia de un instrumento único que garantice la igualdad de las uniones registradas en todo el territorio español y por el efecto perjudicial que también puede causar en cuanto a la posibilidad de duplicidad de registros. Dictamen del Consejo de Estado, de 2 de noviembre de 2006, sobre el Proyecto de Real Decreto sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Número de expediente: 1829/2006 (Trabajo y Asuntos sociales).

¹⁸ Según la definición dada por el art. 2 Directiva 2004/38/CE es el Estado miembro al que se traslada el ciudadano de la Unión en el ejercicio de su derecho de libre circulación y residencia.

¹⁹ El registro de la pareja debe ser en un Estado miembro y no en un tercer Estado para el reconocimiento de la unión como familiar del ciudadano de la Unión. Ello implica un elemento restrictivo de la Directiva sobre la ordenación de estas parejas. M. N. ARRESE IRIONDO *La ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de Circulación de los Familiares Extranjeros*, Bilbao, LETE argitaletxea, 2012, p. 79.

²⁰ Se entrecomilla el término acogida puesto que en este caso no hay traslado de la residencia a otro Estado miembro como prevé el art. 2 de la Directiva.

²¹ Véase sobre los Estados miembros que mantienen regímenes de discriminación inversa WALTER, A., *Reverse Discrimination and Family Reunification*, Nijmegen, Centre for Migration Law, 2008.

²² DOGC de 8 de octubre de 2015 y BOE 297 de 12 de diciembre de 2015.

²³ BOE de 9 de noviembre de 2015.

parejas estables suponga la aplicación a las parejas nacidas al amparo de la legislación civil catalana del Derecho de la UE que afecta a los derechos de residencia, se suma ahora el interés a que en un futuro no muy lejano resulte también aplicable a las parejas que presenten un elemento de internacionalidad el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo. Sin embargo, la definición de unión registrada que proporciona el Reglamento en su art. 3.1 a) en cuanto a los elementos que deben darse para que resulte aplicable el Reglamento, así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones referente a la disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales²⁴, nos lleva a sopesar si realmente el registro de parejas estables creado vaya a provocar o no este efecto²⁵.

En definitiva, esta situación caótica en la que la inercia nos ha llevado a reconocer derechos de residencia un tanto irreflexivos, nos embarca en un viaje de obstáculos, ofreciéndonos una problemática viva, dinámica, que se ha ido construyendo en diferentes estadios analizados a lo largo del presente trabajo y cuya génesis en común es la difícil tarea de delimitación de la categoría de unión registrada a efectos de la norma comunitaria cuando se traslada al plano interno. La evolución del problema se contempla en una secuencia de fases que responden a la estructura de nuestro estudio fruto de los distintos estadios en los que se han producido novedades o cambios importantes, alimentándose la necesidad de adaptar el modelo familiar interno de parejas estables al nivel de registro que reclaman los instrumentos europeos para su aplicación.

III. Del asunto *Ann Florence Reed* a la Directiva 2004/38/CE

3. La introducción de las uniones no matrimoniales en la Directiva 2004/38/CE como miembros de la familia del ciudadano de la Unión beneficiarios de la extensión del derecho a la libre circulación es una novedad respecto a instrumentos comunitarios anteriores²⁶. Se traduce en una categoría diferenciada de parejas, según se trate de a) un modelo formal registrado o b) de un modelo formal no registrado o fáctico. La diferencia estriba en que el primer modelo es considerado como un miembro de la familia del ciudadano de la Unión, al que tiene que extenderse el derecho a la libre circulación y residencia, y el segundo modelo forma parte de la denominada familia extensa, al que debe facilitársele la entrada y la residencia.

Su incorporación responde en cierta medida a la jurisprudencia comunitaria, en la que se ha reconocido con carácter previo a la Directiva 2004/38/CE, que la pareja estable de un ciudadano de la Unión que traslada su residencia y trabaja en otro Estado miembro tiene también un derecho de residencia, siempre que en el Estado miembro de acogida los nacionales de ese Estado miembro dispongan del derecho a residir con sus parejas en el marco del Derecho de extranjería. Así fue puesto de manifiesto en el asunto *Reed*²⁷, del que se dependen dos criterios tomados en cuenta y que ya han sido superados positivamente por la Directiva 2004/38/CE²⁸:

1. La no equiparación de la figura de la pareja estable al cónyuge. En este sentido, el Tribunal entiende que no cabe una interpretación extensiva del art. 10 a) del Reglamento (CEE) n°

²⁴ COM (2011) 125 final.

²⁵ Como ya ha sido señalado por la profesora Borrás mucho antes de esta realidad, la aplicación del Derecho comunitario es un esfuerzo continuo. A. BORRÁS, “Espanya com a membre de la Comunitat europea i els seus efectes sobre les Comunitats Autònomes”, *Autonomies. Revista catalana de Dret públic*, n° 13, 1987, p. 50.

²⁶ M. D. BLÁZQUEZ PEINADO, “La transposición en derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 27, 2007, p. 605.

²⁷ STJCE 17 abril de 1986, *Ann Florence Reed*, 59/85, *Rec. 01283*. 1986.

²⁸ La evolución social sobre la regulación de este tipo de parejas en los diferentes Estados miembros ha dado paso a su reconocimiento como familiar de ciudadano de la Unión. Respecto a una previsible evolución de este tipo emanada del Asunto *Ann Florence Reed* véase M. MURILLO MUÑOZ, *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 291-294. Y sobre la necesidad de este avance véase M. BELL, *Las familias, parejas e hijos y la Unión Europea*. Informe y recomendaciones de ILGA-Europe abril 2003. Publicado en: http://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/2003_family_policy_spanish.pdf

1612/68 a la pareja estable. Interpretación que tampoco cabe ahora en la Directiva 2004/38/CE, respecto del art. 2, apartado segundo, a). Las uniones no matrimoniales tienen en la Directiva, a diferencia del referido Reglamento, su propio emplazamiento. En concreto, en el art. 2, apartado segundo, b) y art. 3.1, por lo que se refiere a las uniones registradas, y en el art. 3.2, en relación con las parejas de hecho.

2. Pese a no existir dicha equiparación, ello no implica automáticamente el rechazo a un reconocimiento de un derecho de residencia para estas parejas, si en el Estado miembro de acogida se reconoce a sus propios nacionales un derecho a residir con sus parejas estables. Para el Tribunal, la falta de reconocimiento de este derecho a las parejas de los nacionales de otros Estados miembros supone una vulneración del principio de no discriminación por razón de nacionalidad²⁹. Con la Directiva 2004/38/CE este condicionante para el otorgamiento de derechos de residencia desaparece y consigue consolidar dicho derecho de residencia para las uniones registradas del ciudadano de la Unión y que éste se facilite en el supuesto de las parejas de hecho.

La percepción es pues que la Directiva 2004/38/CE ha querido reconocer la evolución de los modelos familiares que, por lo general, aunque no de forma coincidente, se dan en los distintos Estados miembros³⁰. En consecuencia, más allá del modelo matrimonial, encontramos también otros modelos de relaciones estables afectivas análogas que, como núcleo familiar, igualmente acompañan a los ciudadanos de la Unión en sus movimientos transfronterizos y que por eso mismo precisan ocupar un lugar reconocido en el ejercicio de las libertades comunitarias³¹.

Sin embargo, esta apuesta no fue precisamente una cuestión pacífica en la negociación de la Directiva, fruto de las diferentes concepciones familiares de los Estados miembros respecto a su existencia, aceptación y tratamiento³². Muestra de ello fueron los cambios entre la originaria propuesta y el texto finalmente aprobado, pasando de la incorporación de las parejas estables sin ninguna distinción en cuanto a su estatuto registral asimiladas a la situación a la del matrimonio³³, a la consideración de miembro de la familia del ciudadano de la Unión beneficiario de la extensión del derecho de residencia exclusivamente a las uniones registradas, dejando en manos de la legislación nacional el tratamiento de las parejas de hecho que, a pesar de ello, tiene que proveer medidas para facilitar su entrada y residencia³⁴.

Esta cesión podría verse como un punto restrictivo de la Directiva 2004/38/CE. Si bien es cierto que no consigue el propósito inicial, que era la inclusión de las parejas estables sin distinción respecto a la categoría de registro, lo cierto es que consigue que llegue a aprobarse su introducción (art. 3.1) e incluso alcanza que las parejas estables, en las que pueden incluirse todas aquellas parejas que aunque estén inscritas no lleguen al estándar en el que está pensando el legislador europeo de unión registrada, puedan conseguir un derecho de residencia en el ámbito que la Directiva tiene reservado para la familia extensa en el que los Estados miembros, según su legislación nacional, tendrán que facilitar su entrada y residencia, tras una valoración efectuada caso por caso (art. 3.2). Pero más allá de las distinciones que supone el encontrarse en una categoría u otra, en función de si se trata de una pareja registrada o de he-

²⁹ Tal y como expresa Cortés Martín: “De este modo, si el país de residencia no dispone de una Ley que otorgue automáticamente la ventaja de la residencia a las parejas de hecho de los nacionales, no cabrá basar ningún derecho en esta disposición”. Véase en J. M. CORTÉS MARTÍN, “Inmigración y derecho a la reunificación familiar en la Unión Europea: ¿mínimo común denominador de las políticas nacionales?”, *Anuario de Derecho europeo*, nº 4, 2004, p. 43.

³⁰ Sobre los distintos modelos véase el trabajo de C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

³¹ Apuntaba la Comisión en la propuesta originaria de la Directiva a que estas uniones, normalmente con hijos, forman este tipo de parejas no matrimoniales. COM/2001/0257 final. Incluso en su Comunicación al Parlamento europeo y al Consejo para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE indica como elementos razonables para considerar que se trata de una unión de hecho duradera el caso de tener una hipoteca en común. COM (2009) 313 final.

³² Dificultades puestas de manifiesto por H. TONER, *Partnership Rights, Free Movement, and EU Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 60-68.

³³ COM/2001/0257 final.

³⁴ Cuestión que muestra las evidencias de diferencia de trato entre ambas. F. CAMAS RODA, “Las parejas de hecho en el marco de la función pública, la legislación social y la de inmigración”, en E. ROCA TRÍAS (Dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 359-360.

cho, el problema es discernir a qué categoría de unión registrada se está dirigiendo el legislador europeo. En este sentido, la Directiva 2004/38/CE, en la definición que proporciona de unión registrada a efectos de la norma comunitaria, y a diferencia de lo que ocurre en el Reglamento (UE) 2016/1104, parece no contener criterios específicos que afecten al registro, sino que para las condiciones que hacen referencia propiamente a la existencia de la unión registrada se remite al Estado miembro del registro: “la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro”.

Ello podría llevarnos a deducir que será la ley del Estado miembro del registro la que sin lugar a dudas regirá para determinar las condiciones y características del registro. No obstante, aparecen dos elementos que distorsionan esta idea. Por un lado, el art. 2, apartado segundo, b) de la Directiva introduce el término “celebración” referido a la unión registrada. Con lo cual existe un elemento que, aunque tampoco se define, sí supone una cierta formalidad del acto y que puede llevar a la conclusión del carácter obligatorio del registro e incluso a su carácter constitutivo. Obligatoriedad que no se exige en todas las normativas autonómicas que en España contemplan el registro, y que nos excluiría totalmente si además nos inclináramos hacia la idea de que está refiriéndose a un tipo de registro cuya práctica nos lleve a considerar que debe disponer de un carácter civil y no administrativo. Y, por otro lado, permite que el Estado miembro de acogida imponga condiciones para el reconocimiento de las parejas registradas como miembros de la familia del ciudadano de la Unión. La delimitación de qué condiciones podrá exigir el Estado miembro de acogida presenta, como veremos, dificultades a la hora de acotar si éstas invaden o no a aquellas que afectan a la existencia propiamente de la unión registrada.

La Directiva también condiciona la obligatoriedad de la incorporación de estas parejas al trato equivalente que estas uniones reciban respecto a las uniones matrimoniales en el Estado miembro de acogida. A nuestro entender, la exigencia de la equivalencia permite mantener la identidad de ambas figuras y flexibilizar la interpretación subjetiva que puede dar el Estado miembro de acogida para justificar o no la existencia de un trato equivalente, en el que no se precisa que para que dicha pareja tenga reconocidos ciertos derechos se asimile previamente a la figura del matrimonio. Se trata más bien de reconocer la existencia de una relación afectiva cuya voluntad es la creación de un núcleo familiar y que como tal debe ser protegido³⁵. En este sentido, la figura de la unión registrada en España se encuentra en una situación comparable a la de los cónyuges en tanto que se trata de un núcleo familiar protegido al que se le reconocen derechos, obligaciones, y que también accede a determinadas prestaciones.

Como puede observarse, el cóctel de componentes que se aúnan en la definición europea de unión registrada como miembro de la familia del ciudadano de la Unión a efectos del instrumento comunitario para nosotros es un tanto explosivo. Desde la perspectiva española, es difícil dar una respuesta afirmativa a si se cumplen incondicionalmente con todos los elementos que comprenden la definición de unión registrada que requiere la Directiva 2004/38/CE para que los beneficios de dicha normativa sean aplicados a las parejas nacidas a la luz de una normativa autonómica que contemple un registro de parejas estables. Al respecto, hubiera sido de lo más atractivo conocer la posición del TJUE en el Asunto C-459/14³⁶ (la demanda de petición prejudicial desafortunadamente fue retirada), en el que se preguntaba, entre otras cuestiones que resultan de un gran interés desde el panorama español, sobre el contenido y las exigencias formales y materiales del registro de la pareja en la Directiva 2004/38/CE; si a efectos de la aplicabilidad de la Directiva debe considerarse que existe una unión registrada cuando se han inscrito en el registro de declaraciones de convivencia del Estado miembro; si el trato equivalente a los matrimonios debe comprender toda situación o consecuencia jurídica, y en el caso de que la equivalencia no sea completa, en qué aspectos deben resultar ser idénticos los dos estatutos. A futuro, la posición del TJUE si llega a plantearse otra cuestión prejudicial en términos similares, puede ayudar a vislumbrar la posición que deberemos tomar respecto a la validez de los registros efectuados en España a efectos de la Directiva. Por el momento, podemos mantener posiciones contrapuestas. Aquella que mantiene que

³⁵ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Las uniones registradas: ¿fin del matrimonio de conveniencia?”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Ed.), *Estudios de Derechos de Familia y de sucesiones (Dimensión interna e internacional)*, Santiago de Compostela, imprenta Universitaria, 2009, p. 237.

³⁶ *DOUE C 7/12* de 12 de enero de 2015.

no deberían tener efecto alguno³⁷. Otra más laxa, que sólo reconocería efectos a la inscripción registral que según la legislación autonómica tuviera carácter obligatorio y/o constitutivo. Y una postura amplia, que dotaría de efectos plenos a los registros independientemente de dicho carácter por ser una figura que responde a un modelo familiar que precisa ser protegido, y que es la que impera en la normativa y práctica judicial española³⁸.

IV. La transposición de la Directiva 2004/38/CE y las problemáticas como Estado miembro de acogida y como Estado miembro del registro

4. De lo anterior puede deducirse que la transposición de la Directiva 2004/38/CE en España a través del RD 240/2007 presenta distintos problemas en función de si nos situamos en la posición de Estado de acogida o de Estado del registro. Ambas situaciones ofrecen, a su vez, dificultades en un sistema que, como en España, proporciona un trato igualitario a los familiares de los ciudadanos de la Unión, con independencia de que el ciudadano de la Unión posea o no la nacionalidad española, y que en el caso de que sea nacional haya o no ejercido su derecho de libre circulación en otro Estado miembro.

Como Estado de acogida, nos encontramos con la problemática de la inclusión o no preceptiva para España de las uniones registradas como beneficiarias del RD 240/2007. Tal y como venimos advirtiendo, la Directiva no las contempla como beneficiarias con carácter preceptivo, a no ser que legislación del Estado miembro de acogida otorgue a las uniones registradas un trato equivalente al matrimonio. De ello se deriva que solamente si se entiende que se da ese trato equivalente, deben introducirse con carácter obligatorio las uniones registradas como familiares beneficiarios de la extensión del derecho de residencia en régimen de libre circulación, pudiendo reservarse como una opción del Estado miembro de acogida en aquellos casos en que no exista a nivel interno esa categoría registral de uniones no matrimoniales con un trato comparable respecto a las uniones matrimoniales³⁹. En consecuencia, las parejas disfrutan con mayor seguridad de derechos de libre circulación y residencia de carácter familiar en los Estados miembros en los que el derecho interno reconoce a las uniones registradas como una institución jurídica propia, mientras que en aquellos que no las reconocen, éstos no se encuentran compelidos a permitir su residencia en régimen de libre circulación. Aunque para este último supuesto sí que existe, bajo la perspectiva de la legislación nacional de extranjería, una obligación de introducción de medidas que faciliten su entrada y residencia.

Es cierto que la realidad compleja que rodea a las parejas estables en España es un factor que hubiera podido justificar la no inclusión de las uniones registradas en la categoría de familiares beneficiarios en la transposición de la Directiva. No existe en España una ley estatal única que regule a las parejas no casadas, sean de hecho o registradas, y tampoco se configura la convivencia *more uxorio* como un estado civil que acceda al Registro civil español. La regulación de estos modos de convivencia está en la actualidad en manos de las CCAA, algunas de las cuales, como es el caso de Cataluña, tienen competencia en materia civil. Ello implica en la práctica que la regulación de las parejas es distinta entre las CCAA y no todas contemplan el registro o el carácter registral de la unión. El escenario es por tanto una dispar ordenación de tipología de parejas estables en la que además se suma una jurisprudencia constitucional que no aboga por un trato equivalente de ambas instituciones, matrimonio y pareja no casada, pero en la que sí existe una exigencia de protección constitucional de la familia⁴⁰. Y ello nos conduce a sopesar si la situación de equivalencia de trato, cuyos contornos no han sido expresamente delimitados con por la Directiva, encuentra cabida precisamente en este deber de protección a la familia.

³⁷ Tesis defendida por J. V. LORENZO JIMÉNEZ, “Familiares de ciudadanos de la Unión Europea y registros de parejas de hecho de Comunidades Autónomas y ayuntamientos”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 29, 2012, pp. 29-54.

³⁸ Existen diversos pronunciamientos judiciales favorables a esta interpretación de validez de los registros a efectos de la obtención de derechos de residencia. Véase D. MARÍN CONSARNAU, “Las uniones no matrimoniales como familiares reagrupables: problemática específica en Cataluña”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 27, 2011, pp. 57-58.

³⁹ Nada obsta para que las medidas nacionales no puedan ser más favorables a las condiciones previstas en la Directiva. Véase art. 37 en relación con el considerando 29.

⁴⁰ R. ARENAS GARCÍA, “Problemas derivados de la reagrupación familiar”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo V, 2005, pp. 276-277 y 289-290.

Como Estado miembro del registro la cuestión se nos antoja también complicada. La condición de pareja estable en España presenta una situación un tanto incómoda que nuevamente complica la transposición de la Directiva 2004/38/CE, en un sistema como el español que propicia el trato igualitario respecto de los familiares de los ciudadanos de la Unión y de los nacionales españoles. Perspectiva de Estado miembro del registro que mantendrá cuando:

- a) la pareja registrada en España se traslade con el ánimo de residir a otro Estado miembro (a expensas de que dicho registro como tal sea reconocido en el Estado miembro de acogida),
- b) la pareja se haya registrado en España consecuencia del traslado de su residencia a España de un ciudadano de otro Estado miembro de la Unión, o
- c) se trate de una pareja registrada en España con un nacional español, cuando éste último tiene y siempre ha tenido su residencia en España

Todos estos supuestos afectan con sus particularidades a la validez de los registros efectuados en España, aunque el elemento del trato equivalente de la unión registrada respecto a la unión matrimonial llegue a cumplirse o aunque estemos ante una decisión de transposición más favorable. Es por ello que el difícil encaje de la definición de unión registrada a efectos de la Directiva lo encontramos especialmente en el supuesto c) que supone su aplicación a las situaciones internas, y es lo que en principio, no resulta deseable y pretende ser expulsado de la redacción originaria del RD 240/2007, en atención a si la equivalencia de trato la buscamos no entre ambas instituciones, pareja y matrimonio, sino en los efectos de la reagrupación familiar⁴¹.

Como hemos visto, la Directiva define como miembro de la familia a la pareja que haya celebrado una unión registrada. Celebración y registro se presentan pues como dos elementos en la conceptualización del tipo de pareja relevante para ser considerada como familiar de ciudadano de la Unión, pero que, a su vez, no se fijan con precisión en la Directiva. El término celebración puede llevarnos en un ejercicio para su interpretación al terreno de la obligatoriedad para su constitución y/o formalidad, así como también a las garantías de su publicidad respecto a terceros para conseguir los plenos efectos, lo cual incluiría el carácter civil de la unión y de su registro y excluiría a nuestras uniones registradas bajo el amparo de los registros municipales o autonómicos españoles. Pero también puede trasladarse al plano de la voluntad de las partes de comprometerse a través de un pacto privado, formalizado o no, a un proyecto de vida común en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que accede al registro, con independencia del carácter civil de éste, y según la normativa que reconoce a estas parejas como una institución propia del ámbito familiar. Registro que puede tener carácter obligatorio y/o constitutivo para su creación o voluntario en aras conseguir determinados efectos jurídicos, como por ejemplo ocurre con el acceso a prestaciones de la seguridad social en España, o simplemente para dar algún tipo de publicidad a su decisión de proyecto de vida en común deseado por los componentes de la pareja. El problema entonces es que el carácter registral de la unión es un elemento que no siempre va a darse en condiciones de igualdad y garantías en todo el territorio español. Y ello, por cuanto se ha dicho, no en todas las CCAA se contempla el registro de parejas y en aquellas que se sí se prevé en algunas presenta un carácter obligatorio y /o constitutivo y en otras no.

Y aunque se pretenda encorsetar la categoría de unión registrada que resulta beneficiaria de la Directiva en alguna de estas dos concepciones, la Directiva guarda un aparente silencio. Consigue así respetar la postura de reconocimiento de dichas instituciones que tengan los Estados miembros e introducir las en su ámbito de aplicación. Establece los elementos que deben darse en la categoría jurídica de unión registrada a efectos de la aplicación de la norma comunitaria, y deja en manos del Estado del registro aquellos de carácter subjetivo que afectan a su existencia y validez. Esto es en esencia lo que prudentemente entendemos que aparentemente pretende la Directiva, a falta, por el momento, de una interpretación del TJUE que de mayores pistas sobre las formalidades y condiciones materiales de dichos elementos, si es que pueden darse sin interferir en el derecho interno.

⁴¹ Idea que plantea sobre la búsqueda de la equivalencia del efecto solicitado que es la reagrupación y de las instituciones civiles. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Barcelona, Atelier, 2007, p. 280.

En el marco de esta complicada fórmula que permite al legislador europeo no inmiscuirse en las legislaciones internas sobre estas uniones, España acogió la introducción de las uniones registradas, a la par que intentó frenar los efectos perjudiciales que dicha transposición pudiera suponer para las parejas estables creadas bajo el amparo de un registro de carácter municipal o autonómico español. En este sentido, la originaria versión del art. 2 b) RD 240/2007 estableció como límites para el reconocimiento de derechos de residencia a dichas parejas en España además de la acreditación de la no cancelación de la inscripción registral y que ninguno de los miembros de la pareja se encontrara casado, que la legislación del Estado miembro del registro no permitiera la existencia de registros simultáneos. Cuestión última que vetaba que los registros de pareja efectuados en España tuvieran efectos para la obtención de los beneficios del régimen de residencia en régimen de libre circulación. Así se indicó expresamente en la Instrucción DGI/SGRJ/03/2007⁴²: la no aplicación del RD 240/2007 en los supuestos en los que la pareja se hubiera registrado en España, precisamente por no cumplir con este requisito de falta de garantía para asegurar la no duplicidad de registros⁴³.

Esta posición permitió que la potencialidad de la problemática de la situación de las parejas estables registradas en España no generara efectos al declarar que nuestros registros no eran válidos. Sin embargo, generó dos impactos que dificultaron su mantenimiento de manera inquebrantable. Por un lado, se produjo un fenómeno de discriminación inversa indirecta⁴⁴, sumándose además que se daba el contrasentido de que a la pareja mixta entre un extranjero y un español que se registrara en España no se le reconocería su estatus de familiar a efectos de residencia en España, mientras que si dicha pareja se registraba como tal en otro Estado miembro sí sería reconocida a efectos de residencia en ese Estado miembro y en España. En consecuencia, solamente sería reconocido el derecho de residencia a la pareja extracomunitaria del nacional español cuando éste, en el ejercicio de su derecho a la libre circulación y residencia, se trasladara a otro Estado miembro en el que registrara su condición de pareja. Y, por otro lado, la garantía sobre la imposibilidad de registros simultáneos resultaba cuestionada en cuanto a la invasión del campo de los requisitos de constitución de la pareja y que resulta reservado a la ley del Estado miembro del registro. Cuestión controvertida incluso, como veremos, en el Tribunal Supremo, y que no ha tenido la oportunidad de ser aún clarificada por el TJUE. Delimitar qué se entiende por condiciones que afectan al propio registro y por condiciones de reconocimiento es una de las claves para afrontar la realidad actual. El Tribunal Supremo ha considerado que efectivamente se trata de cuestiones que afectan a las condiciones del registro⁴⁵, lo cual genera la ambigüedad del fenómeno problemática/oportunidad del mantenimiento/levantamiento de su censura e referencia la validez para los efectos de residencia en régimen libre circulación UE.

V. Los efectos al veto de los registros y a su levantamiento

5. A raíz de lo expuesto, la inclusión de las parejas registradas como miembros de la familia del ciudadano de la unión beneficiarios de la extensión del derecho de residencia ofrece una tensión dual y compleja desde la perspectiva española, tanto si se opta o no por vetar la validez de los registros de parejas en España, con sus correspondientes consecuencias internas y transfronterizas.

En este sentido resaltamos a continuación distintas cuestiones que atormentan a la decisión de dotar o no de validez a los registros españoles a efectos de generar derechos de residencia y la evolución de la problemática hasta llegar a los nuevos retos que plantea el Reglamento (UE) 2016/1104.

⁴² http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Instruccion_DGI_SGRJ_03_2007.

⁴³ Cuestión criticada por cuanto no corresponde a los particulares soportar la inactividad de los poderes públicos en cuanto a establecer mecanismos contra el fraude, como resultaría ser la coordinación de los registros. J. L. RODRÍGUEZ CANDELA, D. BOZA MARTÍNEZ, “Los españoles también son ciudadanos de la Unión otras consecuencias de la sentencia de la sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 26, 2011, p. 198.

⁴⁴ Situación analizada por S. IGLESIAS SÁNCHEZ, “Dos cuestiones suscitadas por la transposición española de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: el régimen aplicable a los ascendientes de españoles y la extensión a las parejas registradas del concepto de miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 28, 2007, p. 933.

⁴⁵ FJ CUARTO.

1. Naturaleza y efectos de los registros

6. La primera de las cuestiones se centra en discutir la validez de dichos registros por su naturaleza y efectos. En cuanto a su naturaleza, son registros de carácter administrativo en los que si bien interviene una autoridad pública no son registros civiles y tampoco la condición de unión registrada en uno de estos registros accede al Registro Civil. En referencia a sus efectos, no todas las normativas autonómicas dotan a estos registros de carácter obligatorio y/o constitutivo. Cabe pues cuestionarse si la Directiva supone una exigencia al respecto o bien entender que es una cuestión que nuevamente queda en manos del Estado del registro. Ante el silencio de la Directiva, si optamos por una postura rígida, solamente el Registro Civil y/o los registros constitutivos originarían derechos de residencia. Pero si defendemos una postura amplia, la inscripción en unos de estos registros de la pareja, con independencia de su naturaleza civil o efectos, al elevar a la pareja estable a la categoría de unión registrada consigue el resultado deseado y que es la obtención de un derecho de residencia en España en régimen libre circulación UE.

Sin embargo, la cuestión se torna también compleja cuando miramos el otro lado del espejo. Es decir, cuando las parejas estables e inscritas en España se trasladan a otro Estado miembro a efectos de residencia. En el caso de que dicho Estado miembro no haya incluido a las parejas registradas como miembros de la familia reagrupables del ciudadano de la Unión no entraríamos en el dilema. Pero si las ha incorporado podemos movernos en dos escenarios diferentes, según acepten o no nuestro registro de pareja como una categoría de unión registrada susceptible de reagrupación.

En el caso de no aceptar nuestro registro por entender que no estamos ante un régimen de unión registrada pese a existir registro, y a falta de un pronunciamiento concreto del TJUE al respecto, se nos antoja que batallar por el reconocimiento de su condición como familiar de ciudadano de la Unión será una ardua tarea a expensas de la interpretación de las autoridades internas de dicho Estado miembro. Aunque eso sí, si la unión registrada ha sido incorporada como familiar beneficiario de los derechos de residencia en el Estado miembro de acogida no podrá alegarse la falta de una previa residencia legal en España para denegar el derecho de residencia al miembro de la pareja extracomunitario. La fórmula será atacar la falta de carácter de unión registral de dicha pareja a afectos de la Directiva. Este toque de atención se deriva de los criterios emanados en el asunto *Metock y otros*⁴⁶ en el que el TJCE indica que, matizando los criterios emanados en el asunto *Akrich*⁴⁷, no es conforme al Derecho de la Unión una normativa nacional que exija para reconocer un derecho de residencia que el cónyuge nacional de un tercer Estado de un ciudadano de la Unión haya residido legalmente y con carácter previo en otro Estado miembro. Ahora bien, no debe obviarse que, a diferencia del cónyuge, la Directiva permite a los Estados miembros de acogida establecer condiciones para su reconocimiento, condiciones que hemos advertido que no pueden afectar a elementos subjetivos relativos a la existencia o validez de la pareja, puesto que se trata de cuestiones que competen al Estado miembro del registro. Ello genera la duda de si en el caso de las uniones registradas como condición a su reconocimiento podría imponerse la residencia legal previa en el Estado miembro del registro de la pareja. Los criterios emanados de *Metock* se refieren exclusivamente al cónyuge, que en la Directiva se contempla como familiar beneficiario sin ninguna otra aparente limitación. No obstante, el Tribunal en su razonamiento llega a argumentar que en la definición de los miembros de la familia que prevé la Directiva con carácter general no se prevé que tenga cabida una distinción de este tipo⁴⁸.

Y si el Estado miembro de acogida acepta reconocer el registro de nuestras parejas nos encontraríamos con que solamente las parejas que se hubieran registrado tendrían acceso a derechos de

⁴⁶ STJCE 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, 127/08, *Rec. I-06241*. 2008.

⁴⁷ STJCE 23 de septiembre de 2003, *Akrich*, 109/01, *Rec. I-09607*, 2003.

⁴⁸ Apartados 49 y 50. “(...) es necesario señalar que, por lo que se refiere a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, ninguna disposición de la Directiva 2004/38 supedita la aplicación de ésta al requisito de que hayan residido previamente en un Estado miembro. En efecto, a tenor de su artículo 3, apartado 1, la Directiva 2004/38 se aplica a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad o resida en él, así como a los miembros de su familia (tal como se definen en el artículo 2, punto 2) que le acompañen o se reúnan con él en ese Estado miembro. Pues bien, la definición de los miembros de la familia que figura en el artículo 2, punto 2, de la Directiva 2004/38 no establece distinción según ya hayan residido o no legalmente en otro Estado miembro”.

residencia en dicho Estado miembro. Ello implica que en la realidad española la falta de registro bien puede darse por una opción personal de la pareja, pero que también puede devenir potencialmente de la imposibilidad de acceder a éste cuando en el ámbito territorial en el que se ha creado la pareja no se contempla el registro. Planteándose dudas sobre si esta situación podría considerarse un potencial obstáculo a la libre circulación de las parejas estables creadas al amparo de algunas normativas autonómicas en España.

2. Condiciones para el reconocimiento

7. La segunda cuestión en la que queremos hacer hincapié es en las dificultades para discernir entre los límites a las condiciones que puede imponer el Estado miembro de acogida a su reconocimiento como familiares reagrupables del ciudadano de la Unión y las condiciones subjetivas que propiamente afectan a las cuestiones de la existencia de la unión registrada y que corresponden al Estado miembro del registro. Esto tiene su importancia en cuanto a la originaria exigencia del art. 2.b) RD 240/2007 que, recordemos, establecía como requisito para el reconocimiento la garantía de que en el Estado miembro de registro no pueda darse la simultaneidad de registros. Según si clasificamos la exigencia de registro único como un elemento que corresponde al ámbito subjetivo de la existencia y validez de la pareja, el requisito se aleja de la Directiva por cuanto sería una cuestión que compete al Estado del registro. Cuestión que trasladada a España en dicha posición implicaría la aplicación de la norma autonómica que lo regule, aunque nuevamente indicamos que no todas las CCAA lo prevén ni tampoco con los mismos efectos. Pero si, por el contrario, consideramos que se trata de una condición que puede imponerse para su reconocimiento a efectos de reagrupación familiar, podría mantenerse dicha exigencia y seguir vetándose la validez de estos registros a efectos de obtener la residencia en régimen de libre circulación.

Como puede verse, la ecuación tambalea entre los diferentes factores y según donde fijemos nuestras posiciones. Demasiada ambigüedad para una cuestión que debería ser afrontada por el legislador interno. Antes de los instrumentos europeos que se preocupan por dotar de derechos a las uniones registradas quizás no existía la necesidad de tomar parte urgente acerca de las parejas no casadas. No obstante, una vez que cambia el escenario europeo, en el que España participa en la negociación/aprobación de los instrumentos comunitarios, y es consciente de los cambios, tiene que abordar una reflexión interna sobre su realidad⁴⁹. Reflexión que llevaría a distintas posibilidades como la de una regulación única de carácter estatal sobre la unión registrada y su acceso al Registro Civil, o el acceso al Registro Civil de las uniones nacidas al amparo de las normativas autonómicas⁵⁰ (lo cual nos conduciría de nuevo a la polémica de si solamente en aquellos supuestos en los que la CCAA tiene competencia civil), o la creación de un registro de parejas estables de carácter estatal único y que pudiera estar coordinado con el resto de registros existentes (a debatir entonces si sólo tendrían acceso aquellas parejas registradas al amparo de una legislación autonómica que permita el registro y si solamente entrarían o no aquellas regulaciones previstas en CCAA con competencia civil), así como la necesidad de abordar y proporcionar una norma de conflicto de origen interno.

3. La exigencia de registro único

8. La solución que se pensó resultaría adecuada y que permitía el *statu quo* de la cuestión a nivel interno fue en un principio la exigencia de registro único prevista en la originaria versión del art. 2 b) RD 240/2007, que supuso que en las específicas Instrucciones de la DGI de 2007 se negara la validez de los registros en España como parapeto a los nuevos efectos que dichos registros podían tener a falta de una regulación única en España sobre estas parejas. El impacto de esta medida, como hemos advertido, resultó

⁴⁹ Advertido ya desde la primera propuesta de reglamento en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas por J. M. FONTANELLAS MORELL, “La ley aplicable a los regímenes económico matrimoniales y los efectos patrimoniales de las uniones registradas en las respectivas propuestas de reglamentación comunitaria”, *Anuario de Derecho civil*, nº1, 2012, pp. 275-291.

⁵⁰ M. SOTO MOYA, “Acceso al mercado laboral español de los familiares nacionales de terceros Estados de españoles y comunitarios. (Análisis de las novedades introducidas por el RD 240/2007, de 16 de febrero)”, *Diario la Ley*, nº 7001, 2008, p. 12.

ser una discriminación inversa indirecta y una actividad judicial en sede de recurso con posturas favorables a la expedición de las tarjetas de residencia, cuyo remate final fue la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, en la que se anula dicha exigencia por resultar contraria a la Directiva. No se discute ante el TS la validez de los registros efectuados en España por su naturaleza o efectos ni tampoco si dicho registro eleva a la pareja estable registrada en España a la categoría de unión registrada definida por la Directiva 2004/38/CE. Es el requisito de registro único el que tambalea respecto a su compatibilidad con la Directiva.

La postura mayoritaria del TS interpreta que dicha exigencia se trata de un elemento que afecta al carácter subjetivo de la constitución de la pareja y que por tanto compete al Estado del registro, y es la injerencia en este elemento el factor determinante para que el Tribunal falle en este aspecto en favor del recurso por entender que la regulación española excede a lo dispuesto en la Directiva. Pero nuevamente la complejidad a la que estamos haciendo referencia se hace latente en el Tribunal Supremo, que pese a que falla en favor de la anulación de dicha referencia a la imposibilidad del registro, cuenta con un voto particular que a, *sensu contrario*, entiende que dicha exigencia se enmarca dentro de las prerrogativas que tiene el Estado miembro de acogida para reconocer a dichas uniones y por ende que le permiten combatir el fraude.

No obstante, el razonamiento mantenido por el TS va más allá de lo expresado y tiene mucho que ver con el mantenimiento de un sistema que proporciona un tratamiento igualitario respecto a los derechos de residencia de los familiares de los ciudadanos de la Unión que en el ejercicio de su derecho a la libre circulación y residencia trasladan su residencia a España y a los familiares de nacionales españoles, con independencia de que éstos últimos hayan ejercido o no su derecho a la libre circulación. Este régimen parece romperse por primera vez con la originaria versión del RD 240/2007, de 16 de febrero, en el que ya en su preámbulo anuncia que dicha norma no resulta aplicable a los familiares de ciudadanos de la Unión que no han ejercido la libre circulación y en su Disposición final tercera introduce una Disposición adicional vigésima en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, que contiene expresamente el régimen aplicable a los miembros de la familia de un ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Dicha disposición es anulada por el TS en atención a la anulación que también recibe la expresión "otro Estado miembro" prevista en el art. 2 RD 240/2007 y que supone la exclusión del RD a los familiares extracomunitarios de un nacional español. Para el TS ello implica un incumplimiento de la Directiva 2004/38/CE, al entender que no cubriría las situaciones en las que un español residente en otro Estado de la Unión Europea regrese a España, puesto que vería frustrada la aplicación del RD 240/2007, y por ende de la Directiva 2004/38/CE, pese a haber ejercido su derecho a la libre circulación y residencia.

En atención a que el regreso de un ciudadano español a su país de origen desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familia no puede afectar al régimen europeo de residencia que la familia viene disfrutando en otro Estado miembro se anula la expresión “otro Estado miembro”, equiparando de nuevo a los familiares de españoles a los familiares de otros ciudadanos de la Unión⁵¹. Si realmente, tal y como se anuncia en el preámbulo del RD 240/2007, hubiera existido un régimen diferenciado para los ciudadanos españoles que no hubieran ejercido la libre circulación relegado al régimen general de extranjería, permitiendo entrar en el ámbito de aplicación del RD 240/2007 a los familiares del nacional español que sí hubiera ejercido dicho derecho y después de establecer su residencia en otro Estado miembro en el que consolida una relación familiar regresa, seguramente no hubiera existido el recelo manifestado por el TS, accediéndose a mantener una disposición específica en el Reglamento de la Ley de extranjería respecto a las situaciones en las que el ciudadano de la Unión no ha ejercido el derecho a la libre circulación y residencia. Cuestión diferente es que el régimen de discriminación inversa producido hubiera tenido que atacarse por otras vías alegando problemas de compatibilidad constitucionales⁵².

⁵¹ Pese a la anulación de dicha expresión del art. 2 y de Disposición, incompresiblemente el preámbulo del RD 240/2007 sigue manteniendo que el texto normativo no se aplica a los familiares de nacionales españoles que no hayan hecho ejercicio de su derecho a la libre circulación.

⁵² Se alberga la duda sobre si se vulnera la protección interna constitucional en este tipo de regulaciones que pueden llegar a producir discriminaciones entre los mismos nacionales. Véase E. SPAVENTA, *Free movement of persons in the European Union. Barriers to movement in their constitutional context*, The Netherlands, Kluwer law International, 2007, p. 128 y pp. 113-134.

La cautela manifestada por el TS es fruto de la jurisprudencia comunitaria existente en las situaciones de retorno de los nacionales desde el Estado miembro de acogida a su país de origen en los asuntos *Singh*⁵³ y *Eind*⁵⁴, en el marco del ejercicio de una actividad por cuenta ajena⁵⁵. Posteriormente, el TJUE en el asunto *O. y B*⁵⁶, fuera del ámbito del ejercicio de una actividad económica, ha constatado que dicha situación de retorno no es contemplada en la Directiva 2004/38/CE, pero que ello no obsta para valorar si existe una vulneración del art. 21 TFUE en una situación en la que al familiar de un ciudadano de la Unión que ha establecido efectivamente su residencia en otro Estado miembro distinto al de su nacionalidad y en el que ha consolidado su situación familiar reciba un trato más estricto cuando dicho ciudadano de la Unión regrese a su país de origen⁵⁷. Entiende el Tribunal que las disposiciones de la Directiva se aplican por analogía cuando dicho ciudadano de la Unión regresa, con el miembro de su familia de que se trate, a su Estado miembro de origen⁵⁸.

Las consecuencias de la STS de 1 de junio de 2010 no se hicieron esperar. Decae el requisito del registro único y se aprueba la Instrucción DGI/SGRJ/03/2010⁵⁹, que deroga las previsiones previstas en la Instrucción DGI/SGRJ/03/2007, y en las que ahora se especifica que los registros de pareja estables de carácter autonómico o municipal en España son válidos a efectos de la aplicación del régimen de extranjería comunitario.

Pero la validez de estos registros de parejas abre la caja de Pandora. La medida de contención del registro único desaparece y la nueva Instrucción de la DGI nos lleva, de nuevo, al terreno de la ambigüedad, al que se suman distintos impactos. Si bien se aboga por su validez a efectos de la aplicación del RD 240/2007, también añade una referencia al sistema civil en el que se enmarca la categoría de la pareja registrada. Esta consideración no aparece expresamente ni en el RD 240/2007 ni en la Directiva 2004/38/CE, aunque podría defenderse el argumento si catalogamos la celebración de la unión registrada que manifiesta la Directiva como un estado civil o como una figura que contempla el derecho civil. Mientras que la primera opción excluiría a los registros autonómicos y municipales en España, cuestión que no contempla la Instrucción, la segunda podría llegar a excluir a determinados registros distinguiendo si la CCAA en la que se ha efectuado el registro tiene o no competencia en materia civil. No obstante, nada aclara la Instrucción al respecto. Al contrario, menciona el sistema civil de registro y seguidamente avala ampliamente la validez de los registros efectuados en España, sin cuestionarse tampoco si dicha validez debe estar relacionada con las características del registro, en tanto a que engloba a los registros obligatorios y a los voluntarios.

4. Desigualdad y turismo registral

9. Si bien tras la STS de 1 de junio de 2010 se consigue, aunque no de forma directa, poner fin a la situación de discriminación inversa que suponía el veto a los registros de CCAA y ayuntamientos españoles, aparecen nuevos efectos en torno a la complejidad de la extensión del derecho a la libre circulación a las parejas registradas y que de nuevo nos llevan a un contexto de inseguridad jurídica: desigualdad según el territorio e inicio del fenómeno del turismo registral.

La desigualdad según el territorio se contempla en dos dimensiones. Una primera dimensión es a nivel estatal. Solamente las parejas que residen en CCAA que contemplan registros de parejas estables

⁵³ STJCE 7 de julio de 1992, *Singh*, 370/90, *Rec. I-04265*, 1992.

⁵⁴ STCJ 11 de diciembre de 2007, *Eind*, 291/2005, *Rec. I-10719*, 2007.

⁵⁵ En el marco de la libre circulación de personas como una libertad económica y no política.

⁵⁶ STJUE 12 de marzo de 2014, *O y B*, 456/2012, *EU: C: 2014:135*.

⁵⁷ Mientras que las dos primeras sentencias nos sitúan en el marco de la libre circulación como una libertad económica esta última nos sitúa en el marco de una libertad política. Distinción analizada por M. SOTO MOYA, “La libre circulación de personas como concepto ambivalente”, *REDI*, vol. LX, nº1, 2008, pp. 163-177.

⁵⁸ Véase comentario de la sentencia de M. VINAIXA MIQUEL, “El derecho de residencia de los nacionales de terceros estados, familiares de ciudadano de la UE, en el territorio del Estado de origen (Comentario a la STJUE de 12 de marzo de 2014, As. C-456/2012, O y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel y B)”, *La Ley Unión Europea*, nº 16, junio 2014.

⁵⁹ Instrucción DGI/SGRJ/03/2010, sobre aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2010, relativa a la anulación de varios apartados del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

tienen opción a residir en régimen de libre circulación UE. La segunda dimensión es a nivel autonómico, en la que nos centraremos en la situación anómala que se produce en Cataluña.

El libro segundo del Código Civil de Cataluña no contempla como modo de constitución de la pareja estable la inscripción en el registro de la pareja. Las tres fórmulas no cumulativas que contempla el derecho civil catalán son la convivencia continuada de al menos dos años, tener descendencia común o manifestar la voluntad ante notario mediante escritura notarial⁶⁰. Por tanto, las parejas estables no pueden acceder al régimen de libre circulación UE. Pero la realidad en Cataluña ofrece un matiz que sí ha permitido y sigue permitiendo este acceso. Paralelamente al derecho civil catalán existen registros de parejas estables en municipios catalanes a los que las parejas pueden acceder e inscribirse con el ánimo de dar publicidad o cierta apariencia jurídica a aquellas parejas que sobre todo no se han formalizado mediante escritura notarial. Realidad que resulta pacífica hasta la STS de 1 de junio de 2010, a partir de la cual estos registros de carácter local empiezan a tener una nueva función para la que no fueron creados y que es que la Administración del Estado otorga derechos de residencia a las parejas que se registran en un registro municipal. Esta situación genera una fuerte crisis cuyas medidas van a generar aún mayor desigualdad y un nuevo efecto; el turismo registral⁶¹.

Fruto de los efectos de residencia que generan ahora los registros municipales algunos ayuntamientos en Cataluña proceden al cierre del registro de parejas estables. Dicho cierre se justifica por no ampararse en la normativa civil catalana la existencia de registros y por la falta de medidas para combatir el fraude. Y el panorama es tras la medida de cierre que las parejas pueden acceder al régimen de residencia libre circulación dependiendo del municipio en el que residen y dependiendo de si dispone o no registro. Situación que así se ha mantenido durante casi siete años, periodo prolongado, en el que las parejas pueden decidir trasladar su residencia a otro municipio para conseguir la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión⁶².

En el auge de la polémica de la decisión del cierre de registros, se planteó una pregunta con solicitud de respuesta escrita del entonces eurodiputado Raül Romeva a la Comisión en los siguientes términos⁶³:

“Considerando la Directiva 2004/38 CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. La misma contempla como familiar reagrupable en su art. 2.2b) a la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidos en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida.

El Real Decreto 240/07 traspone la directiva al derecho interno español, en su artículo 2 b) establece que para aplicar sus normas a la pareja de hecho, ésta deberá estar inscrita en un registro público. El registro puede estar establecido en un Estado miembro de la UE o del Espacio Económico Europeo, pero se impide la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado, las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí⁶⁴.

⁶⁰ Art. 234-1.

⁶¹ A este respecto, resulta interesante la lectura de la adopción en Comisión de la Propuesta sobre la creación de un registre único de parejas de hecho residentes en Cataluña (tram. 250-01134/10). Diario de sesiones del Parlamento de Cataluña. Serie C - Núm. 484, 25 de septiembre de 2014, pp. 18-23. Véase D. MARÍN CONSARNAU, “La convivència estable de parella i qüestions sobre la tarjeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió”, *Revista jurídica de Catalunya*, nº 2, 2012, pp. 350-352.

⁶² Por ejemplo, Barcelona cierra los registros y Tarragona no. En consecuencia, las parejas que accedan al registro municipal de Tarragona podrán beneficiarse de la aplicación del RD 240/2007, mientras que las parejas no casadas que residan en BCN no podrán acceder a la tarjeta de familiar de ciudadano de la UE. Véase el acuerdo de la Comisión de Gobierno del ayuntamiento de Barcelona, de 21 de diciembre de 2011, por el cual se decide la supresión del registro municipal de uniones civiles. *BOPB* de 22 de diciembre de 2011. Sobre su puesta en marcha, voluntad y funcionamiento C. VILLAGRASA ALCAIDE, “Los registros municipales de uniones civiles”, en J. M. MARTINELL, M. T. ARECES PIÑOL (Eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, Servei de publicacions de la Universitat de Lleida, 1998, pp. 513-529.

⁶³ Pregunta efectuada el 06/06/2012 (E-005670/2012). DO C 174 E de 20/06/2013.

Puede consultarse en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2012-005670+0+DOC+XML+V0//ES&language=es>

⁶⁴ Este planteamiento resulta incorrecto puesto que la pregunta se realiza con posterioridad a la STS de 1 de julio de 2010 que elimina la exigencia del impedimento de la simultaneidad de registros.

En el estado español no existe una regulación estatal común de las Uniones de Hecho, depende de la legislación de cada Comunidad. Al no existir obligación de registro en algunas CCAA el Estado Español no está documentando a aquellas parejas a pesar de estar constituidas, hecho que podría considerarse un incumplimiento de la mencionada Directiva, perjudicando a estos ciudadanos y ciudadanas.

¿Considera la Comisión que España está incumpliendo la Directiva 2004/38 CE?

¿Prevé la Comisión recomendar la creación de un Registro Estatal de parejas de hechos?

¿Qué mecanismos de reconocimiento de las actuales parejas de hecho no registradas en aquellas CCAA propone la Comisión?”

La respuesta de la Comisión fue la siguiente⁶⁵:

“En el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/38/CE se obliga a los Estados miembros a conceder a las uniones registradas de los ciudadanos de la Unión los mismos derechos concedidos a los matrimonios, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a la unión registrada un trato equivalente al matrimonio. La Comisión entiende que la normativa del Reino de España no otorga un trato equivalente a las uniones registradas y al matrimonio. Por consiguiente, el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva no impone ninguna obligación a España.

Los miembros de la familia de ciudadanos de la Unión que no entren en el ámbito de aplicación personal del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE, pueden tener derecho a que se les facilite la entrada y la residencia si entran dentro del ámbito de aplicación personal del artículo 3, apartado 2, de la Directiva. Esta disposición incluye a las parejas con las que los ciudadanos de la Unión mantienen una relación estable, independientemente de si están o no registradas.

El Reino de España incorporó la Directiva 2004/38/CE de forma más favorable, ya que incorporó el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/38/CE, a través del artículo 2, letra b), del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero de 2007, a pesar de que la legislación nacional española no otorga un trato equivalente a las uniones registradas y a los matrimonios. Cuando una pareja registrada de un ciudadano de la UE no cumpla las condiciones establecidas en el artículo 2, letra b), del Real Decreto 240/2007, esta deberá ser tratada como un miembro de una familia ampliada, en virtud del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/38/CE, que se incorporó al Derecho español”

Para la Comisión, España no incumple la Directiva 2004/38/CE. Entiende que no resultaba obligatoria su introducción debido a la falta de existencia en España de un trato equivalente de dichas uniones respecto al matrimonio, posicionándose así en el plano más rígido de la equivalencia al buscar la igualdad de derechos. Considera que España ha transpuesto la Directiva de una forma más beneficiosa, al incorporar las parejas estables como familiares de ciudadanos de la Unión y dirige la solución a la problemática de las parejas registradas en España que no cumplan con las exigencias previstas en el art. 2, letra b) de la Directiva a la que la propia norma comunitaria ofrece para la familia extensa y que incluye a las parejas estables conforme al art. 3.2 de la propia Directiva. No entra pues la Comisión en la problemática interna ni tampoco se inmiscuye en las condiciones que imponemos como Estado miembro de acogida⁶⁶.

5. Nuevos retos: El Reglamento (UE) 2016/1104

10. Sin embargo, esta respuesta no zanja la problemática a la que nos estamos enfrentando y a la que no se ha puesto solución por parte del legislador estatal hasta el momento y a la que finalmente sí se ha pretendido dar respuesta, al menos aparentemente y como veremos, en Cataluña. Y es que consideramos que no puede relegarse la situación de las parejas registradas a una cuestión meramente interna en la que la UE no tenga nada que decir. Como hemos indicado, un ciudadano español podría ver

⁶⁵ Respuesta de la Sra. Reding en nombre de la Comisión el 25/07/2012. (E-005670/2012). DO C 174 E de 20/06/2013. Consultar en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2012-005670&language=ES>.

⁶⁶ En referencia a antiguas preguntas realizadas a la Comisión sobre los problemas que tempranamente plantea la libre circulación de las uniones extramatrimoniales y el reconocimiento de derechos de residencia de un estado miembro a otro R. GARCÍA GARCÍA, “Las parejas de hecho ante el Derecho comunitario”, en J. M. MARTINELL, M. T. ARECES PIÑOL (Eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, Servei de publicacions de la Universitat de Lleida, 1998, pp. 257-272.

afectado potencialmente su derecho a libre circular y residir en otro Estado miembro que sí contemple como miembros de la familia a las uniones registradas, en función de si en España ha podido acceder o no a un registro de parejas estables que se reconozca en otro Estado miembro. Y tampoco la problemática se cierra aquí. Se añade ahora la aprobación de un nuevo instrumento comunitario que también otorga efectos a la pareja registrada y que es el Reglamento (UE) 2016/1104. La cuestión que se plantea es si a las parejas registradas en España podrá o no aplicárseles dicho Reglamento cuando trasladen su residencia a otro Estado miembro o cuando residan en España y presenten un elemento de internacionalidad. Nuevamente nuestra realidad complica el panorama y llegamos tarde. Veamos si en el plazo de la *vacatio* para aplicar el Reglamento nos adelantamos.

Si aceptamos que determinados registros en España tienen los efectos que prevé el Reglamento para su aplicación, puede resultar que solamente ciertas parejas registradas, aquellas en las que según el art. 3.1 el registro sea de carácter obligatorio, se beneficiarán de su aplicación manteniendo al margen a otras parejas registradas o sin registro que continuarán en el debate existente, a falta de una norma de conflicto española que determine la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales. Y es que la definición proporcionada por el Reglamento de unión registrada no clarifica si el Reglamento puede aplicarse con carácter indubitable a las uniones registradas en España⁶⁷. Esta reflexión además se ampara en la Comunicación de la Comisión referente a la disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales. España no aparece como uno de los Estados miembros que recoge la institución de la pareja registrada a efectos del futuro reglamento que regule sus relaciones patrimoniales⁶⁸, y ello cuanto menos resulta sintomático. Lo cual vuelve a situarnos en el desvelo sobre si esta situación no nos lleva a potenciales frenos y obstáculos a la libre circulación al no proporcionarse a las parejas estables registradas en España una seguridad jurídica adecuada. A la vez que nos lleva a la preocupación de qué sentido tiene concederles a nuestras parejas registradas derechos de residencia en régimen libre circulación UE y luego apartarlas de las soluciones previstas para sus efectos patrimoniales proporcionados por el Reglamento (UE) 2016/1104, al resultar vetada su aplicabilidad.

VI. La creación de un Registro de parejas estables en Cataluña

11. La problemática del cierre/mantenimiento de los registros de parejas municipales en Cataluña, en atención a los efectos que la inscripción supone respecto a la obtención de derechos de residencia, acaba afectando al ámbito del derecho público sobre el derecho a percibir la pensión de viudedad del miembro de la pareja supérstite. Aunque no existe una regulación única estatal sobre el concepto de pareja de hecho y tampoco ésta se define en el Código Civil, en el ámbito de la Ley General de la Seguridad Social sí se contiene una definición de la pareja de hecho que se entiende que es: “la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona”⁶⁹.

El problema para la obtención del derecho al cobro de dicha pensión deriva en las formas de acreditación de las parejas de hecho y que genera una cuestión de inconstitucionalidad en referencia al apartado quinto del art. 174.3 del derogado Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el que se preveía que: “en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”. La STC de 11 de marzo de 2014⁷⁰

⁶⁷ Agradecer las orientaciones que en este sentido me ha proporcionado el profesor Andrés RODRÍGUEZ BENOT en referencia a la tensión que suscitó esta cuestión en el seno de las reuniones habidas en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE.

⁶⁸ Página 5 de dicha Comunicación.

⁶⁹ Definición proporcionada sin alteraciones por el Art. 174.3 del derogado Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y por el art. 221.2 del vigente Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE 261 de 31 de octubre de 2015.

⁷⁰ STC 11 de marzo de 2014 (RTC 2014\40). La sentencia cuenta con un voto particular a *sensu contrario* en la que tajantemente afirma que “Hemos creado un problema absurdo, partiendo de una interpretación literal y no realista de la norma cuestionada”.

declara inconstitucional y nulo dicho precepto en atención a la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), en relación con los arts. 41⁷¹ y 149.1.17⁷², y que tiene como consecuencia una desigualdad que cataloga de inaceptable y generada por la diferente regulación en las Comunidades Autónomas⁷³.

Trasladado este argumento a la situación del acceso de los beneficios de derecho de residencia que reciben los miembros de la pareja extracomunitarios de ciudadanos españoles, y teniendo en cuenta los arts. 149.1.2 y 149.1.8 CE, en atención a la competencia exclusiva del Estado en los ámbitos de la inmigración y la extranjería y en la ordenación de los registros, llevaría a sostener que las la inscripción en el registro municipal o autonómico español no debiera producir dichos efectos⁷⁴. Sin embargo, sí que los han tenido y lo siguen teniendo, consecuencia de la STS de 1 de junio de 2010 y de la falta de pericia en la elaboración de un régimen de residencia diferenciado para los familiares de españoles que no han ejercido la libre circulación y residencia, anunciado en el preámbulo del RD 240/2007, pero sin ser oportunamente distinguido de los supuestos en los que sí ha existido dicho ejercido y existe un retorno del ciudadano español hacia España. Cuestión que no consiguió el RD 240/2007 con su desafortunada Disposición final tercera que contaminó la Disposición adicional vigésima del RD 2393/2004. Y es que, como hemos visto, el mantenimiento de dicho régimen vulneraba el Derecho comunitario al recibir el familiar de español en ese supuesto concreto de regreso un trato menos favorable del que puede disfrutar el familiar de cualquier otro ciudadano de la Unión que traslade su residencia a España. Por tanto, la desigualdad que actualmente se genera se sostiene precisamente para no desobedecer al Derecho de la Unión. Pero en atención a la competencia exclusiva que tiene el Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1 CE) debería tomarse cartas en el asunto para proporcionar soluciones. Solución que no pasa en la actualidad por dejar de reconocer esos derechos de residencia, sino en proporcionar mecanismos para que las uniones, si lo desean y no son fraudulentas, puedan acceder a un registro único o civil que las coloque en el plano de los instrumentos comunitarios que otorgan efectos a estas parejas.

Retomando de nuevo la necesidad de creación de un registro de parejas estables en Cataluña, la inconstitucionalidad del derogado párrafo quinto del art. 174.3 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y el nuevo redactado del art. 221.2 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, supone que en la acreditación de la pareja de hecho para ser titular del derecho a la pensión de viudedad se requiere la inscripción de la pareja, en un registro autonómico o municipal o su formalización mediante documento público, y que deberá haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante⁷⁵. La nueva regulación provoca una disfunción con la normativa y la realidad catalana: cierre de registros fruto de los nuevos derechos de residencia que genera el registro, con lo cual no todas las parejas tienen acceso al registro, y la única de solución es acudir al notario para su formalización mediante escritura pública, aun cuando no es el único modo de constitución de pareja estable en Cataluña. En consecuencia, la necesidad de la creación de un registro y su entrada en la agenda política se produce en un momento en el que las tensiones sobre los efectos jurídicos del registro de estas parejas hacen insostenible continuar sin la previsión de un registro al que puedan acceder las parejas estables.

La Resolución del Parlamento de Cataluña 786/X, de 25 de septiembre de 2014, aprueba la propuesta para la creación de un registro de parejas estables de carácter único en Cataluña. Dicha Resolución insta a:

⁷¹ “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

⁷² Competencia exclusiva del Estado en: “Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”.

⁷³ STC 11 de marzo de 2014 *RTC 2014\40*. Sobre esta cuestión véase A. GINÉS I FABRELLAS, “El registre de parelles estables i el dret a percebre la pensió de viudetat”, *Dinovenes Jornades de Dret català a Tossa*, 22 y 23 de septiembre de 2016.

⁷⁴ J. V. LORENZO JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 48- 52.

⁷⁵ “La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

“a) Constituir, antes de nueve meses, un registro único de parejas de hecho, en que se puedan inscribir todas las parejas de personas residentes en Cataluña que lo deseen y que acrediten el cumplimiento de las condiciones requeridas por los artículos 234-1 a 234-14 del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y también la disolución de la pareja estable, sea cual sea el municipio donde vivan.

b) Garantizar que el Departamento de Justicia, a la hora de establecer y regular el registro a que se refiere la letra a), lo haga previo acuerdo de las asociaciones de entes locales y, en su caso, con la Administración de justicia, a fin de que se puedan colocar delegaciones o ventanillas de acceso a la inscripción de la constitución o disolución de las parejas de hecho en la mayor parte de municipios de Cataluña, con la máxima homologación y simplificación de criterios aplicables y de los requisitos que haya que acreditar”.

Con un leve retraso y para dar cumplimiento a dicha Resolución parlamentaria el Gobierno catalán aprobó el Decreto-ley 3/2015, de 6 de octubre, relativo a la creación del Registro de parejas estables, modificándose la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña. La idea es ir en la línea de otras CCAA que contemplan también un registro en el que se inscriben las parejas estables.

A diferencia de la cautela manifestada por el legislador catalán en la primera ley de parejas estables⁷⁶, cuya Disposición final segunda establecía que si la legislación del Estado llegaba a prever la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas en ella, los efectos que la ley otorgaba se entenderían referidos a las parejas que en él se inscribieran, parece carecer ahora de sentido esta prudencia en una situación caótica y de una falta de seguridad jurídica inaceptable. Las parejas estables siguen sin acceder al Registro Civil. Tampoco ha dado ese salto la nueva Ley del Registro Civil, la Ley 20/2011, de 21 de julio⁷⁷. Y la realidad de otras CCAA con competencia civil muestra la existencia de registros de parejas estables, como resulta ser el caso del País vasco, sin que, por el momento, ninguna de estas normas haya sido recurrida, aun teniendo la inscripción en el registro un carácter constitutivo. Teniendo en cuenta además que existe un marco legislativo que propicia ciertos efectos para estas parejas que se registran, como es el caso de la normativa de la Seguridad social que exige para el acceso al cobro de la pensión de viudedad que se acredite que la pareja se encuentre inscrita en un registro autonómico o municipal. Según la STC de 29 de julio de 1983⁷⁸, los registros a los que alude el art. art. 149.1.8 CE son aquellos que se refieren a materias de derecho privado y no a otros registros que, aunque tengan repercusiones en ese campo del Derecho, tiene por objeto materias ajenas⁷⁹. De ello se deduce que la normativa autonómica podría crear registros administrativos y con efectos administrativos⁸⁰, entre los cuales se encuentran el reconocimiento de derechos de residencia y del cobro de la pensión de viudedad del miembro de la pareja supérstite. Pero el problema competencial con el que nos encontramos ahora es qué ocurre con los efectos jurídicos civiles que pueda tener dicho registro en atención al ámbito del conflicto de leyes. Y es que la determinación de la ley aplicable a los efectos patrimoniales de dicha pareja sí propicia dichos efectos civiles. Nuevamente, llegamos, ahora por la vía competencial, a la problemática de no poder aplicar de una forma relajada la totalidad del corpus normativo europeo que dota de efectos a las parejas registradas. Y nuevamente indicamos que se precisa que la aplicación de ambos instrumentos prospere, en aras a dotar de máxima jurídica a estas parejas que crean un núcleo familiar que debe ser protegido.

El Decreto-ley 3/2015, de 6 octubre, por el cual se crea el Registro de parejas estables en Cataluña, se estructura en dos artículos y una disposición final. Los art. 1º y 2º incorporan nuevas disposiciones al libro segundo del Código Civil de Cataluña: una Disposición adicional décima que establece la creación del registro de parejas estables a efectos de publicidad y en la que se indica que en él se

⁷⁶ Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. DOGC núm. 2687, de 23 de julio de 1998 y BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998.

⁷⁷ BOE núm. 175, 22 de julio de 2011. Ley que supuestamente entrará en vigor el 30 de junio de 2017, conforme a la Disposición final décima, en su redacción dada por el apartado diez del artículo segundo de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015, anteriormente modificada por la anteriormente modificada por el apartado doce de la disposición final cuarta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

⁷⁸ STC 1/1983 de 29 de julio. BOE 197 de 18 de agosto de 1983.

⁷⁹ FJ 2.

⁸⁰ J. V. LORENZO JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 46-48.

inscribirán las escrituras públicas notariales de constitución de las parejas estables (art. 234-1 c), las actas de notoriedad relativas a los supuestos de convivencia ininterrumpida de más de dos años (art. 234-1 a) y la convivencia con descendencia común (art. 234-1 b). Mediante su Disposición final añade una Disposición final sexta que ordena un mandato de desarrollo reglamentario en cuanto a la organización, funcionamiento y publicidad del Registro de parejas estables. Y habilita al consejero o consejera competente para emitir la orden a fin de que se cumpla con el desarrollo reglamentario que prevé que debe aprobarse dentro del plazo de cuatro meses desde la convalidación del Decreto-ley por parte del Parlamento de Cataluña⁸¹. Sin embargo, el esperado desarrollo reglamentario ha tardado en llegar, incumpléndose de manera prolongada el plazo previsto, y con la ORDRE JUS/44/2017, de 28 de marzo⁸², se aprueba finalmente el Reglamento del Registro de parejas estables.

Con la creación del Registro de parejas estables el Derecho civil catalán incorpora pues el registro de parejas, incorporándose un registro que no había considerado necesario hasta este momento y que aparece como inevitable debido a los efectos jurídicos que el registro proporciona ahora para las parejas estables, a los que ha contribuido el cambio de paradigma europeo para las parejas que alcanzan el estatus de categoría registral. Pero atención: se crea el registro aunque sin renunciar a los que vienen siendo los tres modos de constitución como convivencia de pareja estable en Cataluña. Se trata pues de un registro administrativo⁸³, que no tiene ni carácter obligatorio ni constitutivo y al que se accederá con carácter voluntario si se cumplen con los requisitos previstos en el libro segundo del Código Civil de Cataluña⁸⁴. La idea es pues que este registro sea un medio útil y adecuado para acreditar la existencia de la pareja estable. Con lo cual, exactamente no se trata de unión a la que el derecho civil catalogue propiamente de unión registrada. Sigue tratándose de una pareja estable pero que accede a un registro voluntariamente, tal y como venía sucediendo con los registros de pareja municipales. La cuestión es si ese acceso al registro se convierte también para el Estado miembro de acogida, distinto del Estado español, en la elevación de la pareja estable a una categoría registral a efectos de la normativa comunitaria.

Y en este sentido, aunque en un principio pueda aplaudirse su creación, especialmente por la seguridad jurídica que ofrece al acceso a prestaciones de carácter público como es el cobro de la pensión de viudedad, ello no significa que esta cesión sea suficiente ni cumpla con la voluntad amplia manifestada en el preámbulo del Decreto-ley 3/2015 de que resulte aplicable el Derecho de la UE a las parejas nacidas al amparo de la normativa civil catalana. Es difícil afirmar categóricamente que la creación de un registro voluntario como cauce para dar publicidad a las parejas pueda llevarlas, a efectos de la aplicación en bloque de la normativa europea, la Directiva 2004/38/CE y el Reglamento (UE) 2016/1104, a la categoría de unión registrada bajo los parámetros previstos en los instrumentos comunitarios.

Y es que debemos ser conscientes del contexto. A pesar de la problemática analizada, la creación de un registro 17 años después de la primera norma que reguló en Cataluña las parejas estables se debe principalmente a la dotación de seguridad jurídica a las parejas no casadas en cuanto a los efectos del cobro de la pensión de viudedad. Y los efectos colaterales son la aplicación del Derecho de la Unión, consiguiéndose poner en agenda el tema principal que nos ocupa; la necesidad del legislador interno de adaptarse a los modelos familiares a los que el legislador de la UE está dotando de ciertos efectos como son la extensión del derecho a la libre circulación y residencia y la eliminación de obstáculos a su libre circulación mediante la aplicación de normas de Derecho internacional privado de fuente institucional para la determinación de la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en el ámbito de sus relaciones patrimoniales. Una muestra de la falta de protagonismo del Derecho europeo en la opción de creación del registro de parejas estables es, por un lado, que el registro creado no aboga por un cambio en la legislación civil catalana para asegurar los efectos de la aplicación de la normativa comunitaria, y por otro lado, que no ha contemplado en el desarrollo reglamentario, a diferencia del preámbulo del Decreto-ley 3/2015, una referencia expresa al deseo de la aplicabilidad del Derecho de la Unión Europea a las parejas creadas bajo el amparo del Derecho catalán, limitándose solamente a las referencias de la necesidad de creación del registro para garantizar a estas parejas el acceso a la prestación de viudedad.

⁸¹ Validado por el pleno del Parlamento el 19/11/2015.

⁸² *DOGC* de 31 de marzo de 2017.

⁸³ Art. 2 ORDRE JUS/44/2017.

⁸⁴ Art. 4.1 ORDRE JUS/44/2017.

1. Derechos de residencia

12. Como se ha visto, en principio, parece que la creación del registro de parejas estables puede contribuir a poner fin a la inseguridad jurídica provocada por el cierre parcial de registros municipales de parejas y sus consecuencias sobre el acceso a los miembros extracomunitarios al régimen de residencia en libre circulación. No obstante, el cierre de dichos registros por las causas expuestas no es lo que ha preocupado especialmente en la “urgencia” de la creación de un registro de parejas de carácter autonómico, sino las dificultades para el acceso al cobro de las pensiones de viudedad de estas parejas cuando no se encuentren inscritas en un registro municipal de parejas estables y no se hayan formalizado como tal mediante escritura pública notarial.

El registro autonómico aparece pues como una salida para aquellas parejas que se consideren estables bajo el prisma del Derecho civil catalán y que no tengan acceso al registro por residir en un municipio donde no existe dicho registro. Salida que, a su vez, favorece de forma indirecta a la aplicación de los beneficios del RD 240/2007 a dichas parejas y que les permitirá la obtención de derechos de residencia. Y es que aunque no se esté de acuerdo con este efecto⁸⁵, esto es lo que ocurre en la praxis en los casos de las parejas mixtas que han acudido a los registros municipales de parejas en Cataluña que aún no han cerrado el registro y en el resto de CCAA que sí tienen previstos estos registros de parejas. A falta de un pronunciamiento a *sensu contrario* del TJUE que permita cuestionar dicha práctica que lo que hace es elevar a la categoría de unión registrada a aquella pareja estable que se inscribe, aunque no se trate propiamente de una unión registrada en el sentido que para que se considere su condición como pareja precise la inscripción en un registro, sigue previéndose que esta será la realidad que acompañará a las parejas creadas al amparo de un registro municipal o autonómico en España.

La solución de la creación del registro en Cataluña llega paralelamente con una modificación del RD 240/2007 efectuada mediante el RD 987/2015, de 30 de octubre. La reforma se concentra en introducir un nuevo art. 2 bis en el RD 240/2007, y que de un modo más favorable a lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 2004/38/CE, incluye como novedad que pueda valorarse la expedición de las tarjetas de residencia en régimen de libre circulación a los supuestos de familia extensa, en la que se encuentran las parejas de hecho. Vayamos por partes.

En primer lugar, la introducción del nuevo art. 2 bis supone un régimen más beneficioso que el previsto en el art. 3.2 Directiva 2004/38/CE y en la antigua regulación que en España se preveía para la familia extensa y que quedaba relegada a los supuestos de residencia por circunstancias excepcionales⁸⁶, controvertidamente contenida en la Disposición adicional vigésimo tercera del RD 557/2011, de 20 de abril⁸⁷, actualmente vacía de contenido. Y ello en tanto que la Directiva prevé que para la familia extensa se facilitará la entrada y la residencia de estos familiares según la legislación interna del Estado de acogida. Cuestión que perfectamente hacía encajar el régimen general de extranjería como cauce para la obtención de la residencia de las parejas de hecho. Lo que resultaba criticable era su ubicación: las autorizaciones por circunstancias excepcionales están dispuestas en los arts. 123-130 RD 557/2011, dificultando en la práctica la aplicación de este tipo de autorización para las parejas de hecho al estar incluida en una disposición de este tipo⁸⁸. Si bien se pretende diferenciar el régimen de los familiares de los ciudadanos españoles de otras figuras previstas para las circunstancias excepcionales en el marco del articulado del RD 557/2011, no es menos cierto que el art. 124.3 de la referida norma contiene una regulación específica reservada al arraigo familiar y que afecta exclusivamente al caso de los progenitores extranjeros de menores españoles⁸⁹. El cambio con el nuevo art. 2 bis RD 240/2007 es pues bastante

⁸⁵ Ampliamente argumentado desde distintas perspectivas por J. V. LORENZO JIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 29-54.

⁸⁶ M. N. ARRESE IRIONDO, *op. cit.*, pp. 91-96.

⁸⁷ BOE núm. 103, de 30/04/2011. Puede consultarse la versión consolidada en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703>.

⁸⁸ I. MATA I BURGAROLAS, “Autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales: cuestiones prácticas”, Curso de formación continuada Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, 31 de enero de 2008.

⁸⁹ Sobre esta figura véase M. GIMÉNEZ BACHMAN, “La residencia por circunstancias excepcionales en España”, en C. PARRA RODRÍGUEZ, M. GIMÉNEZ BACHMAN (Dir.), *Nacionalidad y extranjería*, Barcelona, Huygens, 2016, pp. 272-274; D. MARÍN CONSARNAU, “Luces y sombras del arraigo familiar como solución a la situación de los progenitores extranjeros de menores españoles”, en A. SOLANES CORELLA, E. LA SPINA (Eds.), *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos. Un cruce de perspec-*

significativo. Ya no se valorará por parte de la administración la expedición de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, sino la de una tarjeta como familiar de ciudadano de la Unión.

En segundo lugar, cabe tener en cuenta las diferencias entre el art. 2 y el art. 2 bis del RD 240/2007. Mientras que la vía del artículo 2 reconoce un derecho de residencia para la pareja sin más prueba que el certificado del registro, y en su caso, en la práctica, mediante una entrevista a la que se someten los interesados en la comisaría de policía para demostrar que existe una verdadera convivencia y que por lo tanto no se trata de un fraude de ley⁹⁰, el art. 2 bis) no prevé un derecho de tal calado directamente reconocido a la pareja de hecho. La administración competente para resolver valora en función de determinadas circunstancias que se tienen que acreditar sobre la existencia de una relación estable con un ciudadano de la Unión. Circunstancias que se traducen en la acreditación de un vínculo duradero que se cuantifica acreditando un tiempo de convivencia de tipo marital de al menos un año continuado, excepto en el caso de descendencia común en el que solamente habrá que acreditarse la filiación y que existe una convivencia estable y sin ningún requisito temporal⁹¹. No se descarta, sin embargo, que la acreditación de la convivencia no vaya a configurarse con un control igual o similar al previsto para las parejas registradas⁹².

En tercer lugar, debemos mostrar una fotografía del escenario tras la creación del registro catalán de parejas estables. Si consideramos que dicho registro se adecua a las exigencias del RD 240/2007, lo que es factible puesto que así se está aplicando en la práctica, las parejas inscritas en el registro creado serán beneficiarias del régimen de en libre circulación para su residencia por la vía del art. 2 b) RD 240/2007. En consecuencia, solamente las parejas estables que no se registren podrán llegar a obtener la residencia en este régimen vía art. 2 bis RD 240/2007 cuando acrediten los extremos que se exigen al respecto y así lo valore la administración. Sin embargo, existe un caso en el que aunque la pareja se haya registrado no podrá acceder a ser beneficiaria del derecho de residencia conforme al art. 2.b), y que es el supuesto en el que uno de los miembros de la pareja se encuentre casado.

El Derecho civil catalán contempla que una de las causas de disolución de la pareja estable es el matrimonio de cualquiera de los convivientes⁹³. Pero también permite el reconocimiento de la pareja estable aunque uno de los miembros de la pareja se encuentre casado previamente si existe una separación de hecho⁹⁴. Con lo cual, no resulta incompatible, a efectos del derecho catalán reconocer que existe una pareja estable a pesar de que uno de los miembros de la pareja se encuentre casado, siempre y cuando exista como mínimo una separación de hecho del matrimonio. Ahora bien, aunque se inscriba en el registro de parejas estables, esta pareja no podrá vehicular su derecho de residencia por el cauce del art. 2 b) RD 240/2007, que establece la incompatibilidad a efectos de residencia la situación de matrimonio y unión registrada. Esta cuestión genera a su vez la duda de si dado el caso estas parejas podrían acceder a la residencia por la vía del art. 2 bis) o si por el contrario, aunque que el art. 2 bis no lo manifieste expresamente, es un requisito del que la administración puede servirse para denegar y motivar las solicitudes de residencia presentadas por este cauce.

Si bien este es el escenario sobre la concesión de derechos de residencia en régimen de libre circulación, durante el trámite para la aprobación del reglamento del Registro de parejas estables pareció que se introducirían nuevas dificultades. La segunda versión de la propuesta de orden para el desarrollo reglamentario, omite cualquier referencia a la Directiva 2004/38/CE y al RD 240/2007, y se centra en

tivas entre la Unión Europea y España, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 397-422 y P. ABARCA JUNCO y M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *op. cit.*, pp. 6-8.

⁹⁰ Práctica, por ejemplo, que sí se da en Tarragona para las parejas que se han registrado en un municipio cuyo registro de pareja no se haya cerrado.

⁹¹ La regulación efectuada es acorde con las orientaciones dadas por la Comisión en su Comunicación al Parlamento europeo y al Consejo para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa a los derechos de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, de 2 de julio de 2009. COM (2009) 313 final, p.4.

⁹² P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 240.

⁹³ Art. 234-4.1.c).

⁹⁴ Art. 234-2.c): Requisitos personales. No pueden constituir una pareja estable las siguientes personas: a) Los menores de edad no emancipados b) Las personas relacionadas por parentesco en línea recta, o en línea colateral dentro del segundo grado c) Las personas casadas y no separadas de hecho d) Las personas que convivan en pareja con una tercera persona. E. GONZÁLEZ BOU, “La convivencia estable en pareja. Constitución, extinción y exclusión”, en R. BARRADA; M. GARRIDO, S. NASARRE, *El nuevo derecho de la persona y de la familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 574-575.

la justificación de su creación debido a los efectos del Texto refundido de la Ley de la seguridad social para asegurar el cobro de la pensión de viudedad del miembro de la pareja estable que cumpla unos determinados requisitos e insiste en que la creación del registro no implica una modificación sustantiva del derecho civil catalán y los modos de constitución de la pareja estable. Esta constatación nos hace dudar sobre la verdadera intención de que el registro sirva también para la aplicación del RD 240/2007. Y es una intuición que parece coger fuerza cuando después en el articulado propuesto, el art. 7 que regula los documentos que deben aportarse para la acreditación de la pareja estable son, según el apartado a), el documento de identidad o la tarjeta de residencia.

Hemos de confesar que el primer impacto que nos causó la lectura del propuesto art. 7 es la expulsión de la aplicación del RD 240/2007 como consecuencia del registro de la pareja. Es decir, si cuando uno de los miembros de la pareja es extranjero le vamos a pedir la tarjeta de residencia para la inscripción de la pareja, la consecuencia es que solamente los extranjeros que se encuentren en una situación regularizada y de residencia van a poder acceder al registro. Ello no veta a que puedan ser considerados pareja estable aunque no tengan una situación regularizada o si se encuentran en España en una situación de estancia (que no es extraña en supuestos de relaciones afectivas cuando la pareja viene de otro Estado para formalizar la relación o iniciar la convivencia). Sí serán consideradas pareja estable a efectos del Derecho civil catalán si cumplen con las condiciones en él previstas, pero la fórmula dispuesta para su residencia será exclusivamente, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, la vía del art. 2 bis) RD 240/2007. Una lectura un tanto más sosegada nos invitó a pensar a que quizás esta no es la rigidez pretendida, sino que dentro del concepto de documento de identidad cabe también la presentación del pasaporte como documento acreditativo de identidad⁹⁵, lo cual permitiría situarnos de nuevo en el primer escenario presentado.

Pese a que la ORDRE JUS/44/2017, de 28 de marzo mantiene la omisión sobre cualquier referencia a la aplicación del RD 240/2007, esta incipiente incertidumbre ha sido disipada y en el art. 7 se exige la presentación del documento de identidad sin exigir la tarjeta de residencia. El Dictamen de la Comisión jurídica asesora así lo pone de manifiesto. El Registro tiene como objeto acreditar la identidad de las personas a efectos de la existencia de la pareja y no hacer distinciones con razón de la cualidad de extranjero del miembro de la pareja⁹⁶.

2. La aplicabilidad del Reglamento (UE) 2016/1104 a debate

13. Adentrándonos ya en las cuestiones que afectan a las relaciones patrimoniales abordaremos en este momento las dificultades que se plantean respecto a la aplicabilidad del Reglamento (UE) 2016/1104, de 24 de junio de 2016, a las parejas nacidas estables nacidas al amparo del Derecho civil catalán y que se hayan inscrito en el Registro de parejas estables.

España ha sido uno de los Estados miembros que ha participado de la cooperación reforzada de este Reglamento⁹⁷. Tal y como expresa en su considerando número 17, el Reglamento define a la unión registrada a efectos exclusivos del propio Reglamento⁹⁸, advirtiendo, que el contenido del concepto queda en manos del derecho nacional y que no se obliga a incorporar la institución como tal al Estado miembro que aplica el Reglamento si desconoce dicha institución en su ordenamiento jurídico⁹⁹. En

⁹⁵ En consonancia con lo previsto en el art. 13 de la Ley 14/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, sobre la acreditación de la identidad de los ciudadanos extranjeros.

⁹⁶ Dictamen 30/2017 de la Comisión jurídica asesora. Proyecto de orden por la que se aprueba el Registro de parejas estables de Cataluña, pp. 44-45.

⁹⁷ Considerando 11.

⁹⁸ A modo de lo que ocurre con otros Reglamentos el legislador europeo renuncia a dar una noción de unión registrada más allá del instrumento. L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 5, n° 2, 2013, p. 4.

⁹⁹ Como señala el profesor Fernández Rozas: “Centrados en las relaciones de carácter transfronterizo los Reglamentos carecen de pretensión unificadora de los Derechos materiales nacionales relativos al matrimonio o a las uniones registradas; su misión es mucho más concreta: suministrar a las parejas un conjunto de soluciones vinculadas con la propiedad cuando se trasladan a otro Estado miembro de la UE”. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, n° 40, septiembre 2016, p. 8.

consecuencia, un Estado miembro que desconoce dicha figura puede aplicar el Reglamento a las uniones registradas en otro país si se cumplen con los parámetros de definición de unión registrada dispuestos en el Reglamento y perfectamente no aplicarla a las uniones no casadas que en dicho Estado miembro no lleguen a la categoría de unión registrada prevista en el Reglamento¹⁰⁰.

En la definición de unión registrada se ofrecen elementos que parecen afectar al registro (art. 3.1 a), aunque las cuestiones sobre la existencia, validez y reconocimiento de la unión registrada están excluidas del ámbito material del Reglamento (art. 1.2 b) y quedan en manos del derecho nacional (considerando 17). Es por tanto la ley del origen de la relación jurídica de la unión registrada la que se encargará de la delimitación de la cuestión sobre la existencia de una unión registrada válida. En concreto, el art. 3.1 a) define a la unión registrada como el “régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación”. Traducido al ordenamiento jurídico español, puede entenderse desde dos perspectivas en función de la operación de calificación que realicemos¹⁰¹. Se trata pues de subsumir o no el supuesto de hecho de nuestras uniones estables a la categoría de unión registrada que define el Reglamento para su aplicabilidad.

Una perspectiva restrictiva nos llevaría a excluir la aplicación del Reglamento a las parejas registradas en España, a pesar de que la inscripción en el correspondiente registro administrativo presente un carácter obligatorio y/o constitutivo. El mantenimiento de esta visión presenta argumentos a favor y en contra. Como argumento a favor se mantiene que el registro local o autonómico no eleva a la pareja estable a la categoría de unión registrada. Teniendo en cuenta además que en el Dictamen de la Comisión referente a la disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales no se menciona a España como Estado que contempla este tipo de uniones registradas a efectos del Reglamento, ello nos puede llevar a que en la práctica otro Estado miembro obligado por el Reglamento no lo aplique para un caso de una pareja registrada en España y que resida en dicho Estado miembro. Como argumentos en contra, se revela importante destacar que si el registro de pareja en España presenta los elementos definitorios del Reglamento, resulta difícil rechazar de pleno su aplicación, sino es aplicando parámetros internos como el que afecta a la competencia exclusiva del Estado en cuanto a la ordenación de los registros que tenga efectos jurídicos civiles. También resulta paradójico haberles reconocido derechos de residencia como unión registrada al amparo del art. 2.b) RD 240/2007 y ahora rechazar la aplicación del instrumento comunitario que afecta a sus relaciones patrimoniales, máxime cuando no existe una norma de conflicto en España que así lo contemple, ayudando la aplicación del Reglamento a reducir la falta de seguridad jurídica que existe en este ámbito. La situación paradójica recae pues en reconocer derechos de residencia en régimen de libre circulación y mantener los obstáculos a la libre circulación a los que la aprobación del instrumento comunitario pretende colaborar a poner fin¹⁰².

Una perspectiva amplia nos conduce a un reconocimiento positivo de nuestros registros de pareja para la aplicación del Reglamento. Ello podría llevar a examinar qué normativas autonómicas sobre parejas estables cumplen con la definición de unión registrada prevista en el art. en su art. 3.1¹⁰³. El argumento a favor es que para dichas parejas, a las que efectivamente ya hemos reconocido derechos de residencia en régimen de libre circulación, aumentará la seguridad jurídica de soluciones que propone

¹⁰⁰ Considerando 16: “(...) Aunque algunos Estados miembros regulan este último tipo de unión, esta debe disociarse de las uniones registradas, cuyo carácter oficial permite tener en cuenta su especificidad y proceder a su regulación en el Derecho de la Unión (...)”

¹⁰¹ Valorando el paso de la calificación institucional a la fáctica véase B. CARRILLO CARRILLO, “Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho internacional privado”, en A.L., CALVO CARAVACA, J.L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 397-406.

¹⁰² Considerando 16: “(...) Para facilitar el buen funcionamiento del mercado interior, procede eliminar los obstáculos a la libre circulación de las personas que hayan registrado su unión y, en particular, las dificultades que encuentran esas parejas en la administración y división de su patrimonio. Para alcanzar esos objetivos, el presente Reglamento debe reunir las disposiciones en materia de competencia, ley aplicable y reconocimiento, o, en su caso, aceptación, fuerza ejecutiva y ejecución de resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales”.

¹⁰³ Cuestión que la doctrina ya había cuestionado con la propuesta de reglamento. J. M. FONTANELLAS MORELL, “Una primera lectura de las propuestas de reglamento comunitarios en materia de regímenes económico matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C. PARRA (Dir.), *Nuevos reglamentos comunitarios y su impacto en el derecho catalán*, Barcelona, Bosch ed., 2012, pp. 262-263.

el Reglamento y no solo para los propios interesados sino también para los propios operadores y aplicadores del Derecho. Y, en contra, nos encontramos con que el problema es que esta postura puede implicar fragmentación en la aplicación del Reglamento por dos motivos. Por un lado, no todas las parejas pueden acceder al registro en España. Y, por otro lado, respecto a las que sí pueden acceder un registro se nos plantea la problemática de la definición proporcionada por el Reglamento, en el que según se interprete si el carácter obligatorio del registro se refiere propiamente al carácter de la inscripción o que la pareja se encuentre obligatoriamente registrada, nos lleva a resultados muy diferentes.

Si la obligatoriedad se entiende referida al carácter propio de la inscripción, nos encontramos con que se trata de una condición *sine qua non* para considerarse a la pareja dentro de la categoría de la unión registrada. El resultado es que solamente resultarán beneficiarias del Reglamento las parejas que se hayan registrado en los registros en los que la ley autonómica prevea la obligatoriedad del registro como sucede en el País Vasco¹⁰⁴. Las parejas inscritas obligatoriamente en un registro encontrarán amparo en las soluciones del Reglamento, pero en el resto de casos la normativa española no ofrece un remedio expreso. Las parejas registradas en España en registros no obligatorios estarán relegadas a la inseguridad jurídica que sigue planeando en la actualidad ante la falta de normas de Derecho internacional privado para aquellas cuestiones relacionadas con sus efectos patrimoniales¹⁰⁵ y se generará desigualdad no porque unas parejas sean registradas y otras no, sino porque todas no tienen los mismo derechos de acceso al registro, y de tenerlo, no todos los registros presentan los elementos que requiere el Reglamento para ser aplicado.

Sin embargo, si la obligatoriedad está referida a que la pareja se encuentre obligatoriamente registrada, tendrán cabida todas aquellas parejas registradas al amparo de una normativa autonómica que así lo prevea tenga la inscripción en el registro carácter obligatorio o voluntario. Una interpretación sistemática, teniendo en cuenta el considerando número 16 del Reglamento que diferencia entre unión registrada y unión de hecho y mantiene la intervención de la autoridad de la autoridad pública en el registro (tal y cómo se preveía en la originaria propuesta de reglamento) nos puede conducir a considerar que la obligatoriedad a la que hace referencia el art. 3.1 a) no es propiamente a la obligatoriedad del registro prevista por la ley sino a que la pareja obligatoriamente se encuentre registrada. Interpretación que implica el respeto a que el procedimiento del registro quede en manos del Estado miembro del registro y favorece a que el Reglamento resulte aplicable a la pareja inscrita en el registro de parejas por el hecho obligatorio de su registro y no porque obligatoriamente se tenga que registrar según la ley que rija a la creación de la pareja, y que supondría que a las parejas inscritas en el Registro de parejas catalán les resultara aplicable el Reglamento¹⁰⁶.

Verdaderamente el Reglamento no obliga al Estado miembro que las desconoce a incorporarlas a su ordenamiento jurídico, pero las peculiaridades que presenta la realidad española no nos deja indiferentes, debido a que es difícil mantener que en España se da el desconocimiento pleno de dicha institución en los términos que sí ha previsto con carácter expreso el Reglamento. Con ello, deberían tomarse ciertas riendas en el asunto, clarificándose a nivel interno y a los socios europeos si nuestros registros tienen o no validez a efectos del Reglamento. Y, en caso negativo, estudiar el modo de que lo tengan. A nuestro entender, es preciso armonizar el reconocimiento de los derechos de residencia con la posibilidad de aplicar el nuevo Reglamento. Aunque la Directiva y el Reglamento no obligan, sí complican una realidad como la nuestra.

Ajena, aparentemente, a esta discusión, la norma catalana por la cual se crea el Registro de parejas estables quiere, en principio, que el Reglamento (UE) 2016/1104 resulte aplicable a las parejas registradas y creadas al amparo del derecho civil catalán, por cuanto entiende que la aplicación del Reglamento aportará una mayor seguridad jurídica en las relaciones patrimoniales de las parejas registradas transfronterizas. Y es que el velar por la seguridad jurídica es uno de los objetivos principales que prevé esta modificación del libro segundo del Código civil de Cataluña, con la creación de un registro

¹⁰⁴ Artículo 3 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho. *BOPV* 100 de 23 de mayo de 2003.

¹⁰⁵ I. LÁZARO GONZÁLEZ, “Las uniones de hecho en el derecho de los conflictos de leyes: el problema calificativo”, en J. M. MARTINELL, M. T. ARECES PIÑOL (Eds.), *Uniones de hecho*, Lleida, Servei de publicacions de la Universitat de Lleida, 1998, p. 242.

¹⁰⁶ Como así ha sido puesto de manifiesto por M. VINAIXA MIQUEL, “La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales (2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)”, *Indret*, nº 2, 2017, pp. 282-284.

de parejas, que hasta el momento no había sido previsto ni considerado necesario, pero sin olvidar que dicha seguridad jurídica está destinada principalmente al cobro de la pensión de viudedad por parte del miembro de la pareja superviviente.

Como hemos visto, la creación del registro de parejas estables no supone una modificación sustantiva del Derecho civil catalán. Se cubre la carencia de la falta de registro sin necesidad de adherirse a un modelo de registro de pareja obligatorio y/o constitutivo. Y ello lo consigue mediante la creación de un registro de carácter voluntario a través de un instrumento normativo que precisa justificar su urgencia y que encuentra entre sus aliados el manifestar en su preámbulo la necesidad de que a futuro resulte aplicable el reglamento que regule “de forma completa la resolución de los conflictos de leyes en materia de uniones estables de pareja”, evidenciando que “la pareja estable catalana constituida de acuerdo con el derecho civil de Cataluña, una de cuyas partes sea extranjera, podría quedar fuera del ámbito de aplicación del futuro reglamento de la Unión Europea, porque no se la reconocería como tal por el hecho de no constar inscrita en ningún registro público”.

Ahora bien, a pesar de que el propósito sea que la creación del registro de parejas que posibilite la aplicación del Derecho de la UE, seguimos encontrando problemas de encaje entre el modelo de pareja estable catalán y el modelo de pareja registrada cuyos parámetros exige el legislador europeo. Esto es debido especialmente a la interpretación que se efectúe, como hemos visto, de la definición de unión registrada que finalmente proporciona la normativa europea.

El Decreto- Ley 3/2015 se aprueba y convalida en un contexto en el que la Propuesta de reglamento contemplaba para la definición de unión registrada la intervención de una autoridad pública: “régimen de vida en común entre dos personas contemplado por la ley y registrado por una autoridad pública”¹⁰⁷. No obstante, en la última versión de la propuesta¹⁰⁸ y en el texto del Reglamento que acaba aprobándose se da una nueva definición cuya apreciación, como hemos visto, puede llevar a limitar el concepto de unión registrada a efectos del Reglamento a un tipo de registro cuya inscripción deba tener un carácter obligatorio¹⁰⁹.

Y la interpretación que se realice sobre dicha obligatoriedad nos puede situar de nuevo fuera de la aplicabilidad de la normativa europea pese a la voluntad expresada. Si ese fuera el caso, volvería a ponerse sobre la mesa la misma situación de carencia que ha pretendido eliminarse mediante la creación del registro de parejas estables ante la inexistencia de dicha obligatoriedad, máxime si ésta ha de ser entendida como que la inscripción en el registro tiene carácter obligatorio y/o constitutivo. En este sentido, el efecto de registro obligatorio y/o de carácter constitutivo sí provocaría una modificación del Derecho civil catalán, algo a lo que no sabemos, pero que tampoco creemos que esté dispuesto, por el momento, el legislador catalán¹¹⁰. Un índice de la cautela sobre esta cuestión, aunque no sea manifestada expresamente lo tenemos en la segunda propuesta de orden para el desarrollo reglamentario en la que desaparece toda referencia al deseo de que resulte aplicable la normativa europea a las parejas nacidas al amparo del Derecho civil catalán, mientras que sigue manteniéndose la necesidad de su creación para asegurar el cobro de la pensión de viudedad, posición que se mantiene en el Reglamento del Registro de parejas de hecho finalmente aprobado. Pero la no aplicación del Reglamento a las parejas catalanas implicará continuar con la inseguridad jurídica de la falta de una norma de conflicto específica para determinar la ley aplicable a sus efectos patrimoniales y cuando la pareja resida en Cataluña mantener la incertidumbre: si prosigue el reconocimiento de derechos de residencia, otorgarlos y después no aplicar las medidas que el legislador europeo ha previsto para solventar sus obstáculos.

¹⁰⁷ COM (2011) 127 final de 16 de marzo de 2011.

¹⁰⁸ COM (2016) 107 final de 2 de marzo de 2016.

¹⁰⁹ Considerando 16: “El tratamiento dispensado a las formas de unión distintas del matrimonio difiere en las legislaciones de los distintos Estados miembros, por lo que debe establecerse una distinción entre las parejas cuya unión se halla institucionalmente sancionada mediante su registro ante una autoridad pública y las parejas vinculadas por uniones de hecho (...)”.

¹¹⁰ La profesora Roca puso ya de manifiesto los recelos sobre las dificultades para la comprobación de los requisitos e impedimentos legales por parte del encargado de un registro de parejas estables. E. ROCA TRÍAS, “Repensar la pareja de hecho”, en E. ROCA TRÍAS (Dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 414-417. También sobre la preocupación del carácter constitutivo de los registros de parejas N. COMTE GUILLEMET, “Las parejas no casadas ante el Dpr”, en A.L., CALVO CARAVACA, J.L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 306-310.

VII. Reflexiones finales

14. Definitivamente, adentrarse en el ámbito de las uniones registradas y la aplicación del Derecho de la Unión en el que se conectan los derechos de residencia y el Derecho internacional privado es todo un viaje en el que se desencadenan una serie de efectos problemáticos, sea cual sea la postura que tomemos. Y ello por cuanto nuestro sistema agoniza en el no alcance del umbral de la categoría de unión registrada por la que parece preocuparse el legislador europeo y a la que dota de ciertos efectos que nos atraen. Hace unos meses leía en la prensa un artículo del profesor Jordà dedicado al significado de las palabras¹¹¹ en el que cita expresamente un pasaje de *Alicia a través del espejo* sobre la conversación mantenida entre Humpty Dumpty y Alicia: “Cuando yo uso una palabra-insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso- quiere decir lo que yo quiero que diga..., ni más ni menos. La cuestión- insistió Alicia- es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes. La cuestión- zanjó Humpty Dumpty- es saber quién es el que manda..., eso es todo”¹¹². El significado de unión registrada dependerá pues del margen que quiera proporcionar el legislador europeo y de su interpretación, cuando llegue, por el TJUE, en el marco de ambos instrumentos comunitarios. Mientras tanto, navegaremos con lo que tenemos.

Y es que el problema no recae en que no alcanzamos del umbral de la categoría de unión registrada que marcan las normas comunitarias, sino en que queremos alcanzarla para beneficiarnos de sus efectos, pero, sin modificar nuestra realidad, lo cual complica mucho el sendero iniciado mediante el otorgamiento de derechos de residencia con un difícil retorno. Encontrar el camino, puede llevarnos a posturas extremadamente diferenciadas: dejar de buscar la aplicación de los instrumentos comunitarios a nuestras parejas registradas o avanzar hacia una figura de unión registrada que permita la aplicación amplia y sin interrogantes de los dos instrumentos comunitarios analizados. La realidad es que se nos antoja difícil defender aplicaciones distintas de los instrumentos comunitarios en un fin común y que es promover la libre circulación de personas en un espacio de seguridad y justicia.

En cuanto a dejar de buscar estos efectos para nuestras parejas registradas y rechazar que resulten aplicables los instrumentos comunitarios nos conduciría, en principio, a la engañosa ecuación cero efectos igual a cero complicaciones, puesto que esta postura también tiene sus consecuencias: dejarían de aplicarse los beneficios de la normativa europea como es la parcela de seguridad jurídica de soluciones que aporta el Reglamento (UE) 2016/1104, y continuarían manteniéndose las incertidumbres a falta de una norma de conflicto que regule la ley aplicable a sus efectos patrimoniales. Esta solución, a la vez propiciaría un sistema de discriminación inversa con carácter indirecto para los supuestos de todas las parejas mixtas registradas que tendrían que acudir exclusivamente a la vía de la familia extensa prevista en el art. 2 bis) RD 240/2007 para la obtención de derechos de residencia. Discriminación que encuentra un engorroso encaje en un sistema como el nuestro que propicia el trato equivalente de los familiares de ciudadanos españoles que residen o no en España con el resto de ciudadanos de la Unión que trasladan su residencia a España. Esta opción además supondría reconocer derechos de residencia en régimen libre circulación a la pareja casada de un ciudadano español cuando el matrimonio se ha contraído en España o en otro país, mientras que en el caso de pareja registrada solamente se accedería a este régimen si la pareja como tal se ha creado mediante el registro en otro Estado miembro y no en España.

Es por ello que si el legislador interno se siente profundamente atraído por las bondades de los instrumentos comunitarios, precisa avanzar hacia la categoría de unión registrada que permita beneficiarse de dichos efectos y afrontar la necesidad de proporcionar una norma de conflicto para aquellas parejas que no lleguen a esa categoría de unión registrada. Posturas intermedias o parcheadas nos llevan al caos que hemos analizado y que tiene consecuencias tanto a nivel estatal como autonómico. Y nuevamente nos dirige al planteamiento de si es acertado valorar los efectos de la aplicación o no aplicación de la normativa comunitaria de manera separada. Si el objetivo al final es el fomento de las libertades comunitarias y la eliminación de obstáculos en aras a la consecución de un espacio de seguridad y justicia, carece de sentido manejar definiciones distintas de las uniones registradas en ambos instrumentos, cuya

¹¹¹ A. JORDÀ FERNÁNDEZ, “Alicia y el huevo parlanchín”. Publicado en el *Diari de Tarragona*. Puede consultarse en: <http://www.pressclipping.com/sp3/redir.php?485-01-JqHzqCAeyx0Ilr27YqBE8NA-423-4824-0-1303853-1134-NA>

¹¹² Capítulo VI.

consecuencia en la práctica en España presenta particularidades que dificultan su aplicación aumentando, en consecuencia, la inseguridad jurídica de estas parejas y un trato diferenciado. Y en el fondo nos conduce al problema de no haber atacado previamente la existencia de la unión registrada antes de la transposición y aplicación de las normas comunitarias.

En conclusión, el paradigma europeo sobre los efectos que benefician a las uniones registradas ha cambiado. Mientras el legislador estatal no tome cartas en el asunto, es el legislador autonómico el que moverá o no sus fichas para favorecer o no la aplicación de los instrumentos comunitarios analizados, pero con los inconvenientes que han sido planteados. No se trata de una tarea fácil aunque el momento es idóneo. La futura aplicación del Reglamento (UE) 2016/1104 propicia el contexto ideal para o bien avanzar hacia un estatuto de unión registrada de carácter civil al permitir su acceso al Registro civil y clarificar si debemos apartarnos de los desvelos para que resulten aplicables ambos instrumentos a las parejas registradas en España. Sea como fuere la demanda de una mayor seguridad jurídica para estos modelos familiares es una necesidad. La inactividad mantendrá las incertidumbres en ambos ámbitos y habrá que esperar a los pronunciamientos del TJUE en estos instrumentos para orientar si las parejas inscritas en registros autonómicos locales o españoles tienen o no cabida para que se extiendan a su favor los efectos de la Directiva 2004/38/CE, que en la práctica ya se están desplegando, y de las incógnitas que para su aplicación plantea el Reglamento (UE) 2016/1104. La cuestión que queda en entredicho es si realmente se ambiciona suficientemente su aplicación para ir hacia una verdadera acción que implique lograr un estatuto de unión registrada que abrigue, sin lugar a tantas dudas, el amparo de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo.