

EL ACCESO DE LAS PAREJAS DE HECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD: ¿UNA REALIDAD?

RAQUEL POQUET CATALÁ

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Oberta de Catalunya y Universidad Nacional de Educación a Distancia

EXTRACTO

Palabras clave: Parejas de hecho, pensión de viudedad

En este trabajo se analiza, desde un punto de vista de la doctrina científica y judicial, la actual configuración del acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad, pues, de todos es sabido, que los requisitos para poder ser beneficiario de una pensión de viudedad no son los mismos que se exigen para las uniones matrimoniales que para las no matrimoniales, requisitos que, en el fondo, vienen a limitar y obstaculizar el derecho a obtener la citada prestación. Así, se estudia la interpretación dada por nuestra doctrina judicial y jurisprudencial más reciente a estos requerimientos, especialmente, el requisito de la acreditación de la convivencia como pareja de hecho, así como la exigencia de que la misma se haya constituido legalmente como tal ante el registro correspondiente. Para ello se realiza un breve recorrido histórico donde en un primer momento las parejas de hecho tenían vedada esta prestación, hasta el momento actual donde tienen una puerta medio abierta.

ABSTRACT

Key Words: Extramarital unions, widow's pension

In this work is analyzed the current configuration of the access of couples in fact widow's pension from a point of view of the scientific and legal doctrine, as everyone knows, that the requirements in order to be a beneficiary of a survivor's pension are not the same required for matrimonial unions which for the non-matrimonial, requirements which, ultimately, come to restrict and hinder the right to obtain the aforementioned provision. Thus, explores the interpretation given by our most recent legal and jurisprudential doctrine to these requirements, particularly the requirement of cohabitation as de facto accreditation, as well as the requirement that the same has been constituted legally as such to the appropriate registry. This is a brief historical where at first couples indeed had forbidden this benefit, up to the present time where they have a half open door.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA
3. LAS PAREJAS DE HECHO COMO BENEFICIARIAS DE LA PENSIÓN DE VIUEDEDAD
 - 3.1. Requisitos identificativos
 - 3.1.1. Relación de afectividad
 - 3.1.2. Carencia de impedimentos
 - 3.1.3. Convivencia como pareja de hecho
 - 3.1.4. Constitución legal como pareja de hecho
 - 3.1.5. Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio
 - 3.2. Requisitos económicos
4. CONCLUSIONES Y AVANCE EN LA IGUALDAD EN LAS PAREJAS DE HECHO

1. INTRODUCCIÓN

Constituye la pensión de viudedad una de las prestaciones de la Seguridad Social más cuestionadas por no responder en la actualidad, en muchos casos, a la finalidad con la que surgió, que no era otra que actuar como renta sustitutiva que permitía el sostenimiento económico de la familia cuando se producía el fallecimiento del cónyuge –históricamente el marido–, cuyos ingresos constituían la única fuente de rentas familiares. No obstante, en la sociedad actual donde la mujer está integrada en el mercado laboral y no depende del cónyuge para su sostenimiento, la finalidad de la pensión ya no es la misma, siendo más una prestación complementaria o indemnizatoria de los perjuicios económicos causados por la muerte de un miembro que sustitutiva de la renta. Se trata de una pensión expansiva que ha ampliado su radio de protección a personas que, en otro tiempo, no estaban amparadas por ella, pues con la STC 103/1983¹ se produce la plena equiparación entre el viudo y la viuda, y con la Ley 13/2005² se reconoce jurídicamente el matrimonio homosexual.

Así pues, puede decirse que el derecho a la prestación de la pensión de viudedad halla su fundamento en el daño sufrido por el sujeto protegido como consecuencia de la muerte y la necesidad a la que se ve expuesto el beneficio dependiente del causante o, lo que es lo mismo, la situación familiar de penuria económica que supone la pérdida de ingresos que derivan de la muerte del causante³. En palabras de la doctrina, lo que se pretende con esta prestación es “reparar la pérdida de rentas del trabajo en las que por mediación del causante

¹ De 22 de noviembre.

² De 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

³ Sastre Ibarreche, R., “La protección por muerte en el régimen general de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma”, en *TL*, núm. 39, p. 7.

participaban los causahabientes, remediando así la necesidad presunta de éstos”⁴. En este sentido, parte de la doctrina considera que la función asignada a esta prestación es favorecer al cónyuge superviviente asegurándole la continuidad de las rentas aportadas por el trabajador fallecido al objeto de prevenir una situación de necesidad y, por tanto, un sustitutivo de la retribución que el trabajador venía percibiendo de la misma naturaleza que ésta y que entraría en el patrimonio del trabajador⁵. Otra parte de la doctrina entiende que dicha pensión no va dirigida a conservar en el tiempo el aporte económico resultante del trabajo del cónyuge fallecido, porque la pensión tiene una naturaleza distinta de la retribución, sino que la función es resarcir el daño que provoca la muerte del trabajador y los perjuicios directamente causados al causahabiente al verse privado de los recursos que con su trabajo le proporcionaba para su subsistencia el fallecido⁶. El TC⁷ argumenta que la pensión de viudedad ya no está vinculada a una situación de necesidad, sino más bien la de compensar un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente, y en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, como es la muerte de uno de los cónyuges, otorgando a tal efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora del causante, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad.

En definitiva, se podría afirmar que el elemento definitorio de la pensión de viudedad no es la situación de necesidad, ni la dependencia económica, sino el vínculo matrimonial, pues cuando éste concurre se devenga automáticamente la pensión con independencia de que concurra o no situación de necesidad. De ahí que en los casos de nulidad o divorcio, la pensión no se reparte en función de la pérdida de ingresos sufrida, ni de la situación de necesidad, sino en función del tiempo de convivencia conyugal.

Por todo ello, ya en 2006, en el Acuerdo Social de 13 de julio suscrito por el Gobierno y los interlocutores sociales, se propuso reformar esta prestación con la intención de recuperar su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante. Asimismo, las

⁴ Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 136.

⁵ Almansa Pastor, J. M., “El derecho de los beneficiarios en caso de muerte del trabajador accidentado”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 281, 1965. p. 835.

⁶ Blanco Pérez-Rubio, L., *Parejas no casadas y pensión de viudedad*. Madrid: Tecnos, 1992. p. 54.

⁷ STC 184/1990, de 15 de noviembre; Autos TC 204/2003, de 16 de junio; 77/2004, de 9 de marzo; 174/2004, de 11 de mayo. Así también lo estima la doctrina judicial, entre ellas, SSTSJ Cataluña, de 7 de noviembre de 2008, rec. núm. 6602/2007; País Vasco, de 12 de mayo de 2009, rec. núm. 608/2009; País Vasco, de 30 de junio de 2009, rec. núm. 1032/2009.

nuevas realidades sociales y las formas de convivencia no matrimoniales dieron lugar a su debate equiparar las uniones de hecho a las matrimoniales a los efectos de permitir su derecho a la pensión de viudedad⁸.

De hecho, no cabe duda que en la tradición jurídica española la convivencia de hecho o convivencia *more uxorio* no ha sido equiparada al matrimonio más que en algunas normas o convenios específicos, siendo la regla general que los derechos derivados del matrimonio no eran aplicados a las parejas de hecho, de tal forma que éstas no habían tenido acceso a la pensión de viudedad, más que sólo en algunos supuestos aislados⁹, pues el requisito básico para acceder a la misma era que existiera matrimonio previo¹⁰.

Actualmente, no cabe duda que las parejas de hecho constituyen un fenómeno social cada vez más importante al que el legislador debe dar respuesta y su reconocimiento jurídico supone “la afirmación de que el individuo, en el uso de su libertad de creencias y de su dignidad personal, puede establecer formas de convivencia distintas al matrimonio, y a su vez puede exigir al Estado, que no le imponga el estatuto matrimonial”¹¹.

2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La regulación actual de la pensión de viudedad se halla en el art. 174 LGSS, modificado por la Ley 40/2007¹², la cual introduce la posibilidad de que las parejas de hecho puedan acceder a esta prestación, aunque no sea con total equiparación al matrimonio.

La protección de la muerte y supervivencia surge en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley de 1900 de Accidentes de Trabajo. Con posterioridad, el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956 estableció un sistema muy

⁸ Concretamente, en la Exposición de Motivos de la Ley 40/2007 se señala que “*es de destacar también el propósito de modernización del sistema al abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares. Todo ello en el contexto de las exigencias que se derivan de la situación sociodemográfica de la que resaltan circunstancias tales como el envejecimiento de la población, la incorporación creciente de las mujeres al mercado de trabajo y el fenómeno de la inmigración, así como de los criterios armonizadores hacia los que se apunta en el ámbito de la Unión Europea con el objetivo de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema*”.

⁹ Sentencias de la Magistratura de Trabajo núm. 15 de Barcelona, de 10 de marzo de 1979 y de 25 de mayo de 1981; STSJ Canarias, de 19 de junio 1990; Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 29 de Madrid, de 7 de septiembre de 1994, que reconocen la pensión de viudedad en base a los arts. 14 y 39 CE, y arts. 3 y 4 CC.

¹⁰ De hecho, la STC 69/2007, de 16 de abril, sostuvo que no era contrario al principio de igualdad que el legislador limitara la prestación de viudedad a favor de los supuestos de matrimonio.

¹¹ Porres de Ortiz de Urbina, E., “Uniones de hecho”, en *BIMJ*, núm. 1914, 2002. p. 1259.

¹² De 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

completo de protección con pensiones de viudedad, orfandad absoluta y a favor de ascendientes. La Ley de Seguridad Social de 1966 acoge el principio de conjunta consideración de las contingencias y unifica la protección por muerte y supervivencia, creando un sistema más integrado de prestaciones, pero restringido a determinadas situaciones. La reforma de la Ley 24/1972 amplió la protección reconociendo a las viudas el derecho a la pensión de viudedad exigiendo muchos menos requisitos. Y ya con posterioridad, la Ley 13/2005 amplía esta situación a los matrimonios homosexuales y con la Ley 40/2007 a las uniones de hecho.

Con anterioridad a esta última modificación, el art. 174 LGSS reservaba el derecho a esta pensión a quien estaba unido a través de un vínculo matrimonial con el sujeto causante, excluyendo así a cualquier superviviente que hubiera convivido con el causante pero sin formalizar su vínculo o unión. De hecho, así lo estimaba tanto el TS como el TC. Por su parte, el TS¹³ establecía la imposibilidad de reconocer una pensión de viudedad en las situaciones de convivencia de hecho sin vínculo matrimonial, pues consideraba que dichas situaciones no eran en absoluto equiparables. Por otro lado, el TC¹⁴ reiteraba que no era discriminatoria la situación legislativa que permitía denegar la pensión de viudedad a la superviviente de una pareja de hecho, afirmando que el derecho a la pensión de viudedad no estaba estrictamente condicionado en el régimen retributivo a la existencia de una real situación de necesidad o dependencia del cónyuge superviviente, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido, ya que en su configuración actual la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge superviviente y en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no estado de necesidad. Esta posición del TC no fue unáni-

¹³ STS de 19 de noviembre de 1998, rec. núm. 53/1998. Asimismo lo reitera en el Auto de 18 de octubre de 2000, rec. núm. 4518/1999, que indica que esta falta “se justifica porque tratándose de demandante que reclama pensión de viudedad sin haber contraído matrimonio legal con el causante, sin que existiera impedimento legal para ello, la solución de la sentencia recurrida de negar la prestación por tal razón se ajusta a la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo”. En el mismo sentido, STS de 20 de octubre de 2007; SSTSJ Cataluña, de 7 de noviembre de 2008, rec. núm. 6602/2007; Madrid, de 29 de marzo de 2004, rec. núm. 1329/2004.

¹⁴ SSTC 27/1986, de 19 de febrero; 184/1990, de 15 de noviembre; 29/1991, de 14 de febrero; 30/1991, de 14 de febrero; 35/1991, de 14 de febrero; 66/1994, de 28 de febrero. Así también el Auto TC 174/2004, de 11 de mayo, que excluye que la no concesión de la pensión de viudedad a las parejas de hecho vulnere el principio prohibitivo de toda discriminación por razón de sexo o de cualquier otra condición. En la misma línea, SSTS de 15 de diciembre de 2004, rec. núm. 359/2004; de 3 de mayo de 2007, rec. núm. 140/2006; de 29 de octubre de 2007, rec. núm. 4744/2006

mamente defendida por todos los miembros del TC, pues destacan dos votos particulares¹⁵, donde se sostiene que el mayor reconocimiento social y la protección constitucional del matrimonio no puede equivaler a “la posibilidad ilimitada de establecer tratamientos favorables para un conjunto de ciudadanos por el hecho de estar, o haber estado casados frente a los que no ostentan tal condición. No basta cualquier diferencia de situación para justificar una diferencia de trato, pues es necesario, además, que el criterio diferenciador sea razonable y no arbitrario en relación con el resultado a conseguir. Aquí, el elemento diferenciador es la existencia o no de vínculo matrimonial y el resultado es el disfrute de la pensión de viudedad, por lo que procede valorar si tal disfrute se justifica en función de la concurrencia del citado vínculo o debe atender a otras razones”.

No obstante, en algunas resoluciones judiciales aisladas se había apuntado un criterio más flexible en el que se reconoció la pensión a la viuda con convivencia marital sin haber contraído matrimonio, cuyo causante había fallecido el día anterior al que tenían fijado para la boda¹⁶, o se aceptó como prueba de existencia de matrimonio determinados documentos no matrimoniales¹⁷. Pero se trataba de supuestos aislados sin llegar a constituirse en una línea jurisprudencial generalizada. Por tanto, en la situación anterior el acceso a la pensión de viudedad se condicionaba a que el beneficiario acreditase la existencia de matrimonio legítimo con el sujeto causante, sin que las uniones no matrimoniales hubieran podido acceder a esta protección.

En esta misma línea, el TC¹⁸ sentó claramente que el matrimonio y la unión extramatrimonial no son situaciones equivalentes, al señalar que la “unión de hecho *more uxorio* no es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”, mientras que el matrimonio goza de reconocimiento y protección constitucionales. Pero, ya en ese momento se formuló un voto particular¹⁹ que señalaba que no podía entenderse que se pudiera establecer, en relación con el matrimonio, un ilimitado número de tratamientos favorables “para un conjunto de ciudadanos por el hecho de estar, o haber estado casados, frente a los que no ostentan esa condición. Pues, como es doctrina constante de este Tribunal, no basta aducir cualquier diferencia de situación para justificar una diferencia de trato. Es necesario, además, que el criterio diferenciador sea razonable y no arbitrario. Ello implica que ha de haber una correlación razonable entre el elemento diferenciador y el resultado que de él se deriva, en este caso, la diversidad de tratamiento por el legislador”.

¹⁵ De ellos, destaca el formulado por el Magistrado LÓPEZ GUERRA.

¹⁶ STCT de 31 de mayo de 1988.

¹⁷ STSJ Navarra, de 22 de mayo de 1997, rec. núm. 244/1997.

¹⁸ SSTC 157/1987, de 15 de octubre; 788/1987, de 24 de junio.

¹⁹ En la STC 184/1990, de 15 de noviembre.

Como se observa en estos casos el elemento diferenciador es el vínculo matrimonial y el resultado la exclusión de la pensión de viudedad del superviviente de la unión extramatrimonial. Para poder analizar si existe una correlación razonable entre el elemento diferenciador y el resultado que excluye a la pareja de hecho, el TC analiza el art. 160 LGSS de 1974 en relación con los arts. 10.1 y 39 CE. Así, el TC señala que es improcedente contrastar el art. 160 LGSS de 1974 con los preceptos de la CE de forma aislada, sino que, siguiendo la doctrina del TS²⁰ se trata de reforzar la protección jurídica de la familia mediante el fomento del matrimonio, lo cual es, sin duda, una finalidad constitucionalmente lícita, pero no puede perseguirse en detrimento de las uniones extramatrimoniales, pues así lo indica el TC al señalar el acomodo en el art. 39.1 CE de “aquellas medidas que otorgan un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales.... siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*”. La jurisprudencia²¹ más reciente todavía es seguidora de esta doctrina recordándola al señalar que “no se produce vulneración del principio de igualdad cuando no existía derecho de viudedad en el caso de uniones de hecho ya que tal tipo de vínculos no están jurídicamente garantizados ni existe un derecho constitucional que imponga su establecimiento, cabiendo perfectamente que el legislador tome en consideración las diferencias existentes entre vínculo matrimonial y unión de hecho a la hora de regular las pensiones de muerte y supervivencia. El establecimiento de determinadas condiciones para el acceso al derecho es una manifestación más de la facultad del legislador de diferenciar las circunstancias de acceso”.

A mi parecer²², ese condicionamiento no tiene sentido, pues negar la pensión de viudedad a las parejas de hecho supone una discriminación, aunque sea indirecta. Así cabe tener presente que fomentar el matrimonio a través de la pensión de viudedad no es un medio adecuado ya que esta prestación no fue creada para ello, de tal modo que ello la desvirtúa, y además, ello implica un efecto disuasorio de la existencia de parejas de hecho, pues les obliga a contraer matrimonio con el fin de obtener la protección que ofrece esta prestación. Y este efecto disuasorio justamente coarta de modo constitucional la libre posibilidad de convivencia de las uniones de hecho a partir del elemento diferen-

²⁰ STS de 29 de junio de 1992, rec. núm. 1239/1991.

²¹ STS de 7 de junio de 2011, rec. núm. 4579/2009. En el mismo sentido, SSTSJ País Vasco, de 12 de mayo de 2009, rec. núm. 608/2009; País Vasco, de 30 de junio de 2009, rec. núm. 1032/2009.

²² Así también lo estima Martínez Abascal, V.A., “Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable?”, en AS, núm. 17, 2010 (versión on line)

ciador del vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad, si se tiene en cuenta que el establecimiento de relaciones extramatrimoniales constituye, según la doctrina²³, una facultad que se integra en el libre desarrollo de la personalidad asegurado por el art. 10 CE, de suerte “que la familia debe ser configurada como un instrumento para conseguir las finalidades de promoción previstas en el artículo 10 CE”²⁴. Además, dicho efecto disuasorio limita la convivencia extramatrimonial y con ella el acceso a la prestación a la luz de lo dispuesto en el art. 39.1 CE respecto de la protección social, económica y jurídica de la familia, pues la doctrina mayoritaria considera que la familia aludida en el citado precepto es tanto la matrimonial como las diversas formas de relaciones extramatrimoniales estables, aunque no en pie de igualdad, puesto que el matrimonio está expresamente reconocido en el art. 32.1 CE²⁵. De esta forma, el TC²⁶ aceptó también la amplitud protectora de las distintas formas de la familia en el art. 39 CE, abriendo así el camino al legislador para una regulación igualitaria en esta materia, pues señaló que “el legislador podría extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad”.

Por ello, ante la necesidad de adecuar esta regulación a la nueva realidad social, y evitar cualquier posible discriminación, se modifica el art. 174 LGSS, para dar entrada también a las parejas de hecho, pero con ciertos requisitos que no se exigen para el matrimonio. Como se observa, esta reforma de la pensión de viudedad que da cobertura a las parejas de hecho es un importante avance en nuestros días, pero la regulación contiene relevantes limitaciones para las mismas, lo cual puede no ser respetuoso con el principio de igualdad. De hecho, la propia Ley 40/2007 advierte que “habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualdad en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad”, y todo ello en base a la doctrina emanada de la STC 184/1990 que indica que “el legislador podría reconocer el derecho a una pensión de supervivencia idéntica a la de viudedad al supérstite de la unión estable de hecho, en los supuestos y con los requisitos que en su caso se establecieran”.

²³ Estrado Alonso, A., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*. Madrid: Civitas, 1991. p. 106.

²⁴ Roca Trias, E., “Familia, familias y derecho de la familia”, en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1990. p. 1071.

²⁵ Estrado Alonso, A., *Las uniones extramatrimoniales en... op. cit.* p. 106; PANTALEÓN PRIETO, A.F., “La autorregulación de la unión libre”, en *Revista Poder Judicial*, núm. 4, 1986. p. 124; Perlingiere, P., “La familia en el sistema constitucional español”, en *Revista de Derecho Privado*, febrero, 1988. p. 109.

²⁶ STC 184/1990, de 15 de noviembre.

3. LAS PAREJAS DE HECHO COMO BENEFICIARIAS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

En primer lugar, cabe matizar que con la Ley 40/2007 la pensión de viudedad no da cobertura a todas las parejas de hecho, sino concretamente a las parejas de hecho legalmente constituidas, es decir, como algún autor²⁷ ha denominado, a la “pareja de hecho registrada”.

Así pues, como ya se ha indicado, para que el sobreviviente de estas parejas de hecho legalmente registradas o constituidas se precisan, además de los requisitos generales exigidos para el cónyuge superviviente de un matrimonio (alta o asimilación y período de cotización), ciertos requisitos específicos, que, en el fondo, vienen a desvirtuar y limitar injustificadamente el avance que supone la aceptación normativa de la realidad social de estas uniones.

3.1. Requisitos identificativos

3.1.1. Relación de afectividad

El art. 174.3 LGSS exige, en primer término, para poder hablar de la existencia de una pareja de hecho, que exista una “*análoga relación de afectividad a la conyugal*”. La razón de ser de esta exigencia se halla en que el motivo de la constitución de la pareja de hecho no debe ser por motivos diferentes a los del matrimonio, es decir, deben estar unidos por lazos de afectividad, excluyendo cualquier unión que lo sea por motivos amicales, de estudio, culturales o cualesquiera otros similares. No obstante, éste es un requisito indemostrable de modo pleno, siendo sólo presumible de aquella relación afectiva a partir de determinada conducta de los miembros de la pareja.

3.1.2. Carencia de impedimentos

En segundo lugar, el citado precepto exige que los miembros de la pareja no tengan impedimento para contraer matrimonio, sean tanto los impedimentos absolutos, que según el art. 46 CC son la minoría de edad o previo vínculo matrimonial, como los relativos, que, según los arts. 47 y 56.2 CC, son parentesco, delito o discapacidad psíquica. Estos impedimentos están justificados en que se exigen también para el matrimonio.

²⁷ Cruz Villalón, J., “La modernización de las prestaciones por viudedad y orfandad”, en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.N (Coord.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*. Granada: Comares, 2008. p. 893.

Y, específicamente, se señala que ninguno de los miembros debe tener vínculo matrimonial con otra persona, que, aunque a primera vista puede parecer redundante al estar implícita en el anterior respecto del impedimento absoluto del previo vínculo matrimonial²⁸, sin embargo, puede interpretarse en el sentido de que el impedimento absoluto se refiere al período de convivencia estable y notorio con carácter inmediato al fallecimiento del causante, mientras que esta otra exigencia viene referida a la ausencia de vínculo matrimonial durante el lapso de tiempo que transcurre entre el fallecimiento y la fecha anterior a la del reconocimiento de la pensión, puesto que tal reconocimiento constituye al superviviente en beneficiario de la misma, de modo que si, a partir de ese momento, éste contrajese matrimonio con otra persona dicho vínculo matrimonial extinguiría la pensión conforme al art. 174.4 LGSS²⁹. Parte de la doctrina judicial interpreta que estas dos exigencias se pueden considerar como un único requisito, puesto que la existencia de vínculo matrimonial no es más que uno de los posibles impedimentos previstos para contraer matrimonio³⁰. Sin embargo, otro sector de la doctrina judicial³¹ señala que esta carencia de impedimentos se debe haber mantenido durante los cinco años exigidos de convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante. No obstante, el TS³², en unificación de doctrina, ha interpretado ambos requisitos temporales indicando que el art. 174.3.4 LGSS exige una serie de requisitos para poder considerar cuando se está ante una pareja de hecho, de los cuales “el primero de ellos, es el más obvio de todos, el mismo que existe para poder contraer matrimonio, a saber, no hallarse impedido para contraer matrimonio; y el segundo, igualmente obvio, es el requisito “antibigamia”: no tener vínculo matrimonial con otra persona. Es claro que ambos requisitos

²⁸ Rodríguez Iniesta, G., “La protección por muerte y supervivencia”, en CAVAS MARTÍNEZ, F., RODRÍGUEZ INIESTA, G., *La reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*. Murcia: Laborum, 2007. p. 181.

²⁹ STSJ Castilla y León, de 15 de junio de 2009, interpreta conjuntamente ambos requisitos al señalar que “se da la circunstancia de que el causante mantuvo vínculo matrimonial con otra persona, de manera que se hallaba impedido para contraer matrimonio”.

³⁰ Rodríguez Iniesta, G., “La protección por muerte... *op. cit.* p. 182.

³¹ SSTSJ Castilla-La Mancha, de 24 de julio de 2012, rec. núm. 556/2012; Galicia, de 5 de junio de 2012, rec. núm. 4887/2009; Navarra, de 28 de noviembre de 2011, st. núm. 365/2011. Esta última indica que el citado período de cinco años incorpora “de forma necesaria la premisa subjetiva consagrada en el primer inciso del párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS: la convivencia de cinco años subsistente al momento del fallecimiento debe serlo, durante toda su extensión, de personas no casadas ni impedidas para celebrar matrimonio, porque esa condición personal es el presupuesto indisponible de apreciación sobre ele que, en su caso, recaerán los cómputos de plazo o las obligaciones formales de acreditación”.

³² SSTS 24 de octubre de 2012, rec. núm. 83/2012; de 8 de noviembre de 2011, rec. núm. 796/2011; de 14 de julio de 2011, rec. núm. 3857/2010; de 20 de julio de 2011, rec. núm. 2921/2010; auto TS de 26 de junio de 2012.

deben tenerse en el momento en que se pretenda constituir la pareja de hecho, no antes; momento que, en el caso especial que nos ocupa, no puede ya ser otro que el momento inmediatamente anterior al fallecimiento, último en que la constitución de la pareja de hecho puede haberse producido. Pero, a partir de ahí, el legislador ha exigido un requisito más que, como ya ha manifestado esta Sala no es un requisito de constitución de la pareja de hecho sino, con toda exactitud, un período de carencia para acceder a la prestación de viudedad, sea cual sea la fecha de la constitución de la pareja de hecho, la convivencia ha debido durar al menos cinco años ininterrumpidos antes del fallecimiento. Esta es la única manera de congeniar este primer inciso del artículo 174.3, párrafo cuarto, con el segundo inciso en el que se dice que, por ejemplo, la existencia de la pareja de hecho se puede acreditar mediante documento público otorgado con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante”.

En definitiva, se trata de que sea una pareja con posibilidades de contraer matrimonio, esto es, que ambos cónyuges sean solteros, viudos, divorciados o tengan anulado su matrimonio anterior. La exigencia de estos requisitos comporta, por tanto, la denegación de la pensión de viudedad en aquellos supuestos en que no se ha acreditado el cumplimiento de los mismos, ya sea por existir algún impedimento para contraer matrimonio o por no aportarse la sentencia de divorcio o la prueba del fallecimiento del cónyuge³³.

3.1.3. Convivencia como pareja de hecho

El art. 174.3 LGSS exige también “*una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años*”. Este requisito tiene todo el sentido de evitar que puedan acceder a la prestación quienes mantengan una relación de hecho esporádica.

De esta previsión legal, se deduce que se requiere que la convivencia reúna varios requisitos de forma acumulativa, pues debe ser estable, lo que implica que tiene que ser continua y permanente en el tiempo, sin interrupciones importantes o imputables a la voluntad de las partes; notoria, lo que significa que tiene que ser pública o conocida por la gente o, al menos, no convivir de forma secreta y ocultando tal hecho; inmediata al fallecimiento del causante, por lo que de nada sirve que la pareja hubiera estado conviviendo en el pasado de forma estable y prolongada si, en el momento del fallecimiento de aquél, tal

³³ SSTSJ Asturias, de 24 de abril de 2009, rec. núm. 408/2009; Castilla y León, de 6 de abril de 2009, rec. núm. 377/2009; Andalucía, de 25 de febrero de 2009, rec. núm. 2670/2008; Castilla y León, de 22 de enero de 2009, rec. núm. 757/2008.

convivencia se hubiese interrumpido por una crisis de aquélla; e ininterrumpida durante un período mínimo de cinco años. En otras palabras, el legislador se fija en lo que sucede con la pareja de hecho en el lustro anterior al fallecimiento del sujeto causante, y la pensión del supérstite se condiciona a que durante tal período mínimo la pareja haya convivido como tal de forma estable y notoria.

La duración de la convivencia se establece en relación a dos parámetros: uno, el plazo total de la convivencia ha de tener una duración, con el carácter además de ininterrumpida, no inferior a cinco años, otro, el día final del plazo se identifica con el fallecimiento del causante, de modo que el período de cinco años ha de ser inmediato al fallecimiento del mismo³⁴. Razonablemente debe entenderse que el término estable de convivencia de cinco años no se suspende porque se interrumpa la continuidad en el lugar o en el tiempo por causas del trabajo, familiares o de otra naturaleza, que no afecten a la estabilidad y relación de afectividad. Es claro que este requisito de convivencia se instituye al sólo efecto de las pensiones de viudedad, y no afecta a períodos de duración menor establecidos para otros supuestos que se otorga a quien sin ser cónyuge conviva materialmente con el titular, como en el caso de la asistencia sanitaria.

En cuanto a la acreditación de este período de convivencia estable, notoria e ininterrumpida, en principio, se ha de documentar mediante el certificado de empadronamiento. Si se analiza con detalle esta exigencia se puede observar fácilmente que en el certificado de empadronamiento no queda constancia de que la convivencia sea estable o notoria, todo lo cual hace pensar en que la razón última de este requisito reposa en la desconfianza prejuiciada que todavía existe por parte del legislador respecto de la seriedad en la formación y finalidad de las parejas de hecho³⁵, pues no se trata aquí de acreditar la constitución de las parejas de hecho, del mismo modo que se exige para el matrimonio, sino que este requisito tiene, como se ha señalado anteriormente, un fondo discriminatorio al requerir un tiempo de convivencia sin causa que lo justifique, pues la convivencia se presume una vez que se ha constituido legalmente.

El problema que se plantea con este requisito es que puedan darse situaciones en las que ese certificado no sirva para acreditar una convivencia real como ocurre en el caso que puede darse de que una pareja esté empadronada en domicilios distintos, u otras en las que el empadronamiento en el mismo lugar sirva de apariencia a una convivencia falsa, y esta inseguridad en la bondad de esta prueba ha llevado a la conclusión al TS³⁶ de que aquella prueba no puede jugar como prueba única de la convivencia cuando existan otras de mayor

³⁴ STSJ Madrid, de 22 de octubre de 2012, rec. núm. 991/2012.

³⁵ Martínez Abascal, V.A., "Las parejas de hecho... *op. cit.*"

³⁶ SSTs de 25 de mayo de 2010, rec. núm. 2969/2009; de 24 de junio de 2010, rec. núm. 4271/2009; de 6 de julio de 2010, rec. núm. 3411/2009; de 14 de septiembre de 2010, rec. núm. 3805/2009; de 9 de junio de 2011, rec. núm. 3592/2010.

contundencia a favor o en contra de dicha apreciación. Es decir, el padrón municipal no siempre refleja la realidad en materia de residencia. Ciertamente, no es excepcional que, por desidia del sujeto o por la búsqueda fraudulenta de ciertos beneficios económicos o de otro tipo, aquél esté empadronado en un municipio y resida en otro³⁷. Por lo tanto, si el certificado de empadronamiento tuviese valor ad solemnitatem y actuase como presunción iuris et de iure de la convivencia de la pareja se podrían amparar legalmente situaciones fraudulentas difícilmente destruibles con prueba en contrario³⁸. Es más, tal valoración del certificado, incluso, podría animar a la constitución de uniones de hecho “sólo formales y preordenadas a la futurible y antinormativa obtención” de la correspondiente prestación de la Seguridad Social, “cercenando la capacidad y el derecho a la autotutela” de tal sistema público de Seguridad Social a denegar la prestación por inexistencia del presupuesto³⁹. Si se adoptara “una interpretación literal de la norma conduciría a privar a la Seguridad Social de denegar una prestación cuando, existiendo empadronamiento conjunto, se pudiese acreditar la ausencia de convivencia”⁴⁰. De esta forma, el certificado de empadronamiento, aun siendo un medio privilegiado de prueba de la convivencia, es simplemente una presunción iuris tantum, lo que permite, la destrucción de la misma. En esta dirección, la doctrina judicial⁴¹ pone de manifiesto que, aunque el art. 174.3 LGSS “alude al certificado de empadronamiento, como medio ordinario de acreditación de la convivencia de los componentes de la pareja de hecho, certificado que tiene el carácter de documento público y que constituye la prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo (...), pero ello no quiere decir que en los supuestos en que existan indicios o elementos de prueba contradictorios acerca del verdadero domicilio habitual del interesado, pueda acudir a otros elementos probatorios, además del certificado de empadronamiento, tales como informes policiales, testificales y otros documentos, que deben ser objeto de valoración por parte del juez de instancia (...) a fin de establecer el real domicilio del beneficiario”. Por lo tanto, se admiten otros medios de prueba como un contrato de compraventa autorizado ante notario de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal⁴², una cartilla bancaria conjunta, en la cual la pareja domiciliaba los recibos de los gastos comunes de la vivienda familiar y abonaba una póliza de préstamo común⁴³, la

³⁷ STSJ Baleares, de 30 de abril de 2009, rec. núm. 175/2009.

³⁸ STSJ Navarra, de 28 de julio de 2009, rec. núm. 197/2009.

³⁹ STSJ Castilla y León, de 10 de junio de 2010, rec. núm. 756/2010.

⁴⁰ STSJ Castilla y León, de 22 de abril de 2009, rec. núm. 541/2009.

⁴¹ STSJ Castilla-La Mancha, de 9 de julio de 2009, rec. núm. 198/2009.

⁴² STSJ Baleares, de 18 de febrero de 2010, rec. núm. 561/2009.

⁴³ STSJ Madrid, de 30 de septiembre de 2009, rec. núm. 2020/2009. En términos similares STSJ Madrid, de 22 de febrero de 2010, rec. núm. 5515/2009.

existencia de hijos comunes⁴⁴ o un certificado del ayuntamiento, basado en la información de la policía local, que acreditaba el domicilio real⁴⁵.

Resulta contundente la argumentación del TSJ Castilla y León⁴⁶ que mantiene que “el certificado de empadronamiento no puede ser considerado como el único instrumento probatorio hábil en derecho para acreditar la convivencia como pareja de hecho, a efectos de la génesis de la pensión de viudedad para los supervivientes de este tipo de uniones. En primer lugar, habida cuenta los términos con los que el legislador de la viudedad en supuestos de parejas de hecho ha constituido el juego del certificado de empadronamiento porque esa construcción no aparece formulada en forma indubitadamente excluyente de otros medios probatorios al referido fin de aseverar la convivencia. En segundo lugar (...), porque si lo decisivo para la génesis de la pensión de viudedad sobre la que se debate es el hecho de la convivencia estable, notoria y que se haya mantenido durante un determinado tiempo, lo decisivo es también la acreditación de este presupuesto de la convivencia, siendo entonces el certificado de empadronamiento un instrumento a tal fin, privilegiado si se quiere, mas esto es, sólo un instrumento y no el único de los posibles. En tercer término (...), porque el parecer contradictorio con lo anterior, esto es, la tesis de que el certificado de empadronamiento es requisito incluso, constitutivo del derecho a viudedad a favor de supervivientes de uniones de hecho, abriría la espita de la constitución de uniones de ese tipo sólo formales y preordenadas a la futuro y antinormativa obtención de prestaciones de Seguridad Social, cercenando la capacidad y el derecho de autotutela de la Seguridad Social a denegar la prestación por inexistencia del presupuesto, sí, constitutivo en que la convivencia estable, notoria y prolongada consiste”. En definitiva, el certificado de empadronamiento no supone una presunción iuris et de iure de convivencia, sino que es una presunción iuris tantum, por lo que no se trata de un medio privilegiado de prueba⁴⁷, pues lo que exige la norma es acreditar una convivencia estable y notoria y, para ello, se regula o establece un medio probatorio privilegiado, pero ello no excluye su acredita-

⁴⁴ SSTSJ Madrid, de 30 de septiembre de 2009, rec. núm. 2020/2009; Navarra, de 28 de julio de 2009, rec. núm. 197/2009.

⁴⁵ STSJ Castilla-La Mancha, de 9 de julio de 2009, rec. núm. 198/2009. En términos similares, STSJ Cataluña, de 13 de octubre de 2011, st. núm. 6431/2011.

⁴⁶ STSJ Castilla y León, de 10 de junio de 2010, rec. núm. 756/2010. En el mismo sentido STSJ Cataluña, de 10 de junio de 2009, rec. núm. 842/2009.

⁴⁷ STSJ Castilla y León, de 22 de abril de 2009. En términos similares, SSTSJ Madrid, de 11 de octubre de 2012, rec. núm. 1999/2012; Cataluña, de 12 de julio de 2012, st. núm. 5308/2012.

ción por otras vías, al igual que podrá demostrarse por otros medios que la convivencia no se produce a pesar del empadronamiento⁴⁸.

No obstante, desde una posición restrictiva, compartida por el INSS, el certificado de empadronamiento es un requisito constitutivo del derecho reclamado por el solicitante, sin que pueda sustituirse por otros medios de prueba⁴⁹. En este sentido se señala que el registro del padrón municipal es “obligatorio para todo ciudadano y, por medio de él, queda constancia cierta de que el domicilio habitual de la pareja es común y, por ello, puede hablarse de que están conviviendo y han iniciado una vida en común, dejando de lado otras vías de menor consistencia y alejadas del carácter de notoriedad que aquel registro lleva implícito”⁵⁰. Parte de la doctrina judicial⁵¹ pone de manifiesto que “tanto de la literalidad del precepto que se invoca, como de su, declarado expresamente, carácter excepcional que no admite interpretaciones extensivas, se deduce que no estamos ante un supuesto de prueba libre, del requisito de convivencia exigido. Puesto que si, así, lo hubiese querido el legislador, se hubiese limitado a exigir el requisito de convivencia (...) estamos ante un supuesto de prueba tasada, lo que impide atender al resultado de otras pruebas de convivencia como las valoradas en la instancia”. Así lo estima también parte de la doctrina científica⁵² que considera que “con independencia de su acierto y al margen de razones de oportunidad, este criterio es el que debe mantenerse considerando el certificado de empadronamiento como requisito constitutivo, al ser, en principio, ésta la forma como lo ha configurado el legislador ante la dificultad de acreditar la duración de la convivencia en las parejas de hecho, y como medida que evita el fraude”.

⁴⁸ Así también lo sostienen las SSTSJ Castilla-la Mancha, de 17 de septiembre de 2009, rec. núm. 165/2009; Navarra de 28 de julio de 2009, rec. núm. 197/2009, al entender que no puede otorgarse al certificado de empadronamiento el valor de requisito ad solemnitatem como único medio para poder acreditar la convivencia estable y notoria entre el causante y el beneficiario puesto que, en muchos casos el empadronamiento podría amparar situaciones fraudulentas difícilmente destruibles si se estima que estamos ante una presunción iuris et de iure.

⁴⁹ SSTSJ Madrid, de 17 de abril, 29 de septiembre y 30 de octubre de 2009, rec. núm. 15/2009, 3158/2009, 4099/2009, respectivamente.

⁵⁰ SSTSJ Madrid, de 17 de abril de 2009, rec. núm. 15/2009.

⁵¹ STSJ Cantabria, de 22 de junio de 2009, rec. núm. 462/2009. En términos similares, SSTSJ Asturias, de 12 de junio de 2009, rec. núm. 298/2009; Madrid, de 29 de junio de 2009, rec. núm. 1507/2009; Navarra, de 6 de abril de 2009, rec. núm. 27/2008. Esta última indica que “conforme a la normativa citada se viene a distinguir los requisitos referidos a la convivencia y los referidos a la existencia de acreditación de la pareja de hecho, exigiendo el legislador que los requisitos de convivencia, estable y notoria y de cinco años ininterrumpidos, deben acreditarse en todo caso mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, exigencia que pretende evitar el fraude en el reconocimiento de estas pensiones”.

⁵² González González, C., “Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad”, en AS, 2009, núm. 4 (versión on line). En términos similares, Alarcón Castellano M.M., Roldán Martínez, A., “Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho”, en CEF, núm. 319, 2009. p. 107.; MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”, en AS, núm. 6, 2008. p. 107.

Este polémico y continuo debate ha llevado al TS⁵³ a que se pronuncie en casación para unificación de doctrina, argumentando que la posición estricta sostenida por el INSS “eleva, indebidamente, el certificado de empadronamiento a un auténtico requisito constitutivo” de la relación afectiva de la pareja de hecho, pero “hay otra interpretación mucho más acorde con el principio de igualdad constitucional, con el sentido histórico de la evolución normativa en que se inserta el nuevo art. 174.3 LGSS y con otros criterios hermenéuticos”, que es el considerar el referido documento como “un medio probatorio más, entre otros posibles, lo que, además, tiene la ventaja de permitir la prueba en contrario, esta vez a favor del INSS”. Se acoge, así, uno de los argumentos más serios expuestos por la doctrina, pues “puede haber un falso certificado de empadronamiento que no se corresponde con una convivencia afectiva *more uxorio* real y dicho certificado no debe prevalecer”.

El TS apoya esta conclusión en un criterio sistemático, ya que en el propio art. 174.3 LGSS se alude a una convivencia “*estable y notoria*” y notorio es “algo que no necesita prueba, aquello cuya real existencia se evidencia por sí misma”, por lo que “mal se puede exigir, simultáneamente, que el hecho en cuestión se acredite, exclusivamente, mediante una prueba meramente formal”. Además, en el mismo precepto también se menciona que la existencia de la pareja se demostrará con la inscripción en algún registro específico o documento público, con lo que queda claro que el certificado de empadronamiento no es la única prueba admisible de la convivencia. De hecho, esa inscripción o documento público “tiene mucho mayor valor jurídico” que aquél, que al fin y al cabo, “no refleja más que un hecho cambiante y aleatorio”, como es la vecindad civil. Por tanto, como se aprecia para el TS es más importante la existencia real de la pareja de hecho, que la forma de su acreditación, la cual puede llevarse a cabo por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, especialmente con el certificado de empadronamiento, la inscripción registral u otro documento público⁵⁴.

⁵³ STS de 25 de mayo de 2010, rec. núm. 2969/2009. En igual sentido, en sus sentencias posteriores de 14 y 24 de junio, 6 de julio, 14 y 20 de septiembre, 12 y 17 de noviembre y 9 de diciembre de 2010, rec. núm. 2975/2009, 4271/2009, 3805/2009, 4314/2009, 4341/2009, 975/2010, 911/2010, 3914/2009, respectivamente. Así también lo recoge la doctrina judicial, entre ella, STSJ Madrid, de 19 de julio de 2010, rec. núm. 2425/2010.

⁵⁴ Así lo recoge también la doctrina judicial, entre ellas, SSTSJ Cataluña, de 21 de julio de 2011, st. núm. 5274/2011; Cataluña, de 14 de febrero de 2011, st. núm. 1145/2011; Cataluña, de 1 de abril de 2011, st. núm. 2369/2011; Cataluña, de 21 de octubre de 2010, st. núm. 6726/2010; Cataluña, de 10 de septiembre de 2010, st. núm. 5699/2010; Madrid, de 19 de julio de 2010, rec. núm. 2425/2010; Extremadura, de 5 de octubre de 2010, rec. núm. 348/2010, que señala que “se trata simplemente de un período de carencia pero nunca de un requisito de existencia de la pareja de hecho en sí misma considerada. Y, una vez acreditada la existencia de la pareja de hecho, su duración se verifica por el mero transcurso del tiempo, mientras la pareja de hecho no haya dejado de existir por cualquiera de las causas de separación”.

A mi parecer, debería seguirse esta interpretación más flexible, relativizando la exigencia de acreditar la convivencia, de forma que el empadronamiento sea considerado como una prueba ordinaria pero no exclusiva, pues el legislador al aludir al certificado de empadronamiento, busca una prueba fehaciente, excluyendo que tal convivencia se acredite con medios probatorios menos convincentes como es la prueba testifical o la mera documental privada, limitando pues la valoración global y libre del juzgador⁵⁵. No cabe duda que el certificado de empadronamiento es un documento público y fehaciente, pero una cosa es la vecindad administrativa y otra muy distinta el domicilio de una persona, conceptos que, por ser diferentes, están regulados en distintas normas. Según el TS⁵⁶ la prueba del domicilio en un determinado lugar en nuestro Derecho es totalmente libre, pudiendo adoptarse cualquier dato que sirva para demostrar la efectiva residencia y su habitualidad. Incluso, en algunos supuestos se ha considerado que lo decisivo es el hecho de la residencia habitual, con independencia del empadronamiento⁵⁷. Es más, teniendo la vecindad administrativa y el domicilio civil un origen común, que no es otro que la residencia habitual, y habiendo optado el legislador por el empadronamiento como único medio de acreditar la convivencia de una pareja de hecho, y con ello por un criterio formalista, a mi juicio, siendo la convivencia de la pareja de hecho una cuestión fáctica, debería seguirse el criterio de la jurisprudencia civil, admitiendo pues cualquier medio de prueba para acreditar la residencia habitual toda vez que, como se ha puesto de manifiesto, la vecindad administrativa y la residencia habitual no siempre coinciden. En este sentido, convendría no olvidar que el domicilio administrativo es un domicilio especial, elegido por la persona para sus relaciones con la Administración, pudiendo residir, como la realidad social pone de manifiesto, en un lugar distinto del que figura en el padrón. En conclusión, el mantenimiento de este criterio formalista de acreditación de la convivencia limita el acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad, al exigir un requisito formal que no reúne todas las garantías necesarias para acreditar que una pareja de hecho ha mantenido una convivencia estable.

Por otro lado, este requisito es una exigencia específica de la pareja de hecho, pues no viene establecida para el matrimonio, lo cual podría calificarse de inconstitucionalidad por vulnerar el principio de igualdad, pues si la situación de necesidad que se pretende cubrir con la pensión de viudedad es la misma para el matrimonio que para la pareja de hecho, esto es, la falta de ingresos o el lucro cesante que provoca el fallecimiento del causante, no resulta objetivo ni razonable exigir un período de convivencia a la pareja de hecho que

⁵⁵ Así lo señala también la STSJ Madrid, de 22 de febrero de 2010, rec. núm. 5515/2009.

⁵⁶ STS de 10 de junio de 1996.

⁵⁷ SSTs de 6 de mayo de 1989; de 12 de julio de 1989; de 18 de octubre de 1990; de 15 de noviembre de 1991; de 20 de febrero de 1995, rec. núm. 2316/1994.

no se pide para el matrimonio. Con este requisito, claramente, se observa como se da un tratamiento menos protector a las parejas de hecho, olvidando que ésta merece, por parte de los poderes públicos, la misma garantía de protección social, económica y jurídica que la constituida por el matrimonio, según se deriva del art. 39 CE.

3.1.4. Constitución legal como pareja de hecho

Este requisito apunta la necesaria verificación de que la pareja de hecho existe legalmente, es decir, que se ha constituido como tal ante el Derecho. Este requisito es totalmente objetivo y razonable pues es análogo al que se exige para el matrimonio, cuya existencia se acredita con la inscripción en el registro correspondiente, ya sea el civil o el de la confesión religiosa correspondiente. Es decir, al igual que el matrimonio es un negocio consensual, donde la forma del consentimiento es esencial al mismo, ya que la existencia de ese consentimiento debe constar de modo indubitado y público⁵⁸, en el caso de las parejas de hecho también se requiere de alguna forma probar la existencia de las mismas, para lo cual se deben inscribir en el registro constituido a tal efecto.

Esta acreditación puede serlo a través del certificado emitido por el registro específico existente en la Comunidad Autónoma o Ayuntamiento del lugar de residencia, o bien, en supuestos de inexistencia de dicha inscripción, mediante documento público en el que conste la constitución de la pareja. Pero el problema de ello radica en que, para la constitución legal como pareja de hecho, el legislador vuelve a exigir un determinado período de tiempo, pues, concretamente, señala que tanto la 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*”. De esta forma, resulta que se exige, por un lado, una convivencia de cinco años ininterrumpida como pareja de hecho, y de los cuales, al menos dos deben acreditarse como pareja de hecho legalmente constituida. Ni los cinco ni los dos años se exigen para el matrimonio, pues incluso en el caso del supuesto específico de que el fallecimiento del causante derive de enfermedad común contraída con anterioridad al matrimonio, sólo se exige que el matrimonio se haya celebrado con un año de antelación a la fecha del fallecimiento. La exigencia de los dos años de antelación con respecto a la fecha del fallecimiento del causante tiene como clara finalidad evitar la constitución de una pareja de hecho con la sola idea de percibir la pensión, y por ello, como pareja de conveniencia⁵⁹. Es decir, se trata de una cláusula antifraude, de tal forma que se

⁵⁸ STSJ Extremadura, de 27 de septiembre de 2011, rec. núm. 369/2011.

⁵⁹ STSJ Cataluña, de 4 de julio de 2011, st. núm. 4647/2011.

considera implícitamente que media fraude o no se acredita una voluntad real de convivencia cuando no ha transcurrido el citado plazo⁶⁰.

Parte de la doctrina⁶¹ señala que ambos períodos de tiempo están justificados ya que persiguen fines diferentes, pues, el certificado de empadronamiento sólo acredita una convivencia en común de dos personas en un mismo domicilio, pero no la relación de afectividad análoga a la conyugal, que sí queda probada con la inscripción en el registro o documento público. Es decir, se trata de dos requisitos simultáneos a acreditar con diferentes medios, por lo que no se trata de una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, sino de una exigencia material, de convivencia como estable pareja de hecho durante un mínimo de cinco años (a probar mediante el certificado de empadronamiento), y de otra exigencia formal o ad solemnitatem de verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de “*análoga relación de afectividad a la conyugal*” con dos años de antelación al hecho causante (a probar mediante la inscripción en el registro)⁶². Ahora bien, también es verdad, que este requisito resulta excesivo cuando dicha relación afectiva queda evidenciada por el comportamiento de la pareja, como sucede cuando existen hijos comunes u otros datos relevantes de la vida común. De hecho, para parte de la doctrina⁶³, la exigencia de este requisito adicional cualificado es reiterativo, pues la existencia de la pareja de hecho ya queda acreditada con el certificado de empadronamiento, hallándose así pues ante un sistema cumulativo de acreditación de la pareja de hecho sobre la base de un doble carácter: material, o de hecho de la convivencia, y jurídico, o formal de la constitución de aquella, que resulta un despropósito.

Al respecto, la doctrina judicial y la jurisprudencia no siempre han sido unánimes, pues, por un lado, un sector de la doctrina judicial⁶⁴ bastante flexible

⁶⁰ STSJ Murcia, de 7 de junio de 2010, rec. núm. 348/2010.

⁶¹ Desdentado Aroca, E., *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*. Albacete: Bomarzo, 2009. p. 125.

⁶² SSTSJ Castilla y León, de 3 de octubre de 2012, rec. núm. 614/2012; Cataluña, de 21 de julio de 2011, st. núm. 5274/2011; Aragón, de 18 de mayo de 2011, rec. núm. 257/2011. En términos similares, STS de 24 de mayo de 2012, rec. núm. 1148/2011; SSTSJ Canarias, de 28 de junio de 2010, rec. núm. 1369/2009; Asturias, de 18 de marzo de 2010, rec. núm. 2867/2010; Andalucía, de 21 de junio de 2012, rec. núm. 947/2012; Galicia, de 20 de junio de 2012, rec. núm. 2834/2009.

⁶³ González González, C., “Acceso de las parejas... *op. cit.*”

⁶⁴ SSTSJ Cataluña, de 9 de julio de 2012, st. núm. 5141/2012; Cataluña, de 18 de julio de 2011, st. núm. 5148/2011; Castilla y León, de 19 de enero de 2010, rec. núm. 2098/2010; Cataluña, de 18 de noviembre de 2010, st. núm. 7528/2010; Madrid, de 8 de mayo de 2009, rec. núm. 5893/2008; Madrid, de 30 de mayo de 2009, rec. núm. 738/2008; Madrid, de 17 de diciembre de 2009, rec. núm. 3541/2009; Castilla y León, de 22 de abril de 2009, rec. núm. 541/2009; Castilla y León, de 20 de enero de 2010, rec. núm. 2133/2009; Baleares, de 30 de abril de 2009, rec. núm. 175/2009; Baleares, de 13 de noviembre de 2009, rec. núm. 380/2009; Castilla-La Mancha, de 9 de julio de 2009, rec. núm. 198/2009; Castilla-La Mancha, de 17 de septiembre de 2009, rec. núm. 165/2009; Castilla y León, de 22 de octubre de 2009, rec. núm. 677/2009; Castilla y León, de 12 de noviembre de 2009, rec. núm. 250/2009; Navarra, de 28 de julio de 2009, rec. núm. 197/2009; Madrid, de 18 de febrero de 2010, rec. núm. 5906/2009.

estima que lo importante es la existencia real de la pareja de hecho y no la forma de acreditar su existencia, por lo que la inscripción oficial tiene un simple valor *ad probationem* y no constitutivo. En otras palabras, es posible probar la realidad de la unión de hecho a través de otros medios no previstos por el legislador como puede ser la aportación de hijos comunes o la firma ante notario de un contrato de compraventa de la vivienda familiar⁶⁵ o la aportación de la cartilla de la Seguridad Social donde aparece la viuda incluida a los efectos de asistencia sanitaria⁶⁶. Es decir, el elemento constitutivo del derecho a la pensión de viudedad radica en la existencia de la pareja de hecho y no en la inscripción de ésta como tal ni en el otorgamiento de escritura pública donde conste la constitución de dicha pareja. Así también lo ha estimado el TS⁶⁷ en alguna de sus sentencias en las que la pretendida distinción entre acreditación de la existencia de la pareja de hecho y la acreditación de la convivencia es artificiosa, puesto que la pareja de hecho consiste, precisamente, en la convivencia *more uxorio*, la cual puede probarse de muchas maneras. No obstante, la jurisprudencia más reciente señala que este requisito es considerado constitutivo⁶⁸ y no susceptible de sustitución por otros medios de prueba puesto que el legislador claramente ha querido que la constitución de la pareja figure en un documento

⁶⁵ SSTSJ Baleares, de 18 de febrero de 2010, rec. núm. 561/2009; de 3 de marzo de 2010, rec. núm. 54/2010. Para fundamentar su argumentación, el TSJ recurre a la STC 199/2004, de 15 de noviembre, en la que se reconoce el derecho a pensión de viudedad pese a no haberse inscrito el matrimonio canónico del solicitante con el fallecido. Lo contrario supondría considerar inexistente un matrimonio no inscrito y negar la condición de cónyuge pese a haberse demostrado la existencia del vínculo matrimonial, lo que a juicio del TC, no resulta acorde con lo previsto en el CC.

⁶⁶ STSJ Andalucía, de 13 de abril de 2011, rec. núm. 288/2011, que considera que la cartilla de la Seguridad Social en el que aparece la inclusión de la viuda también es un documento justificativo de la constitución de la pareja de hecho.

⁶⁷ STS de 25 de mayo de 2010, rec. núm. 2969/2009. Así también lo estiman las SSTSJ Castilla y León, de 19 de enero de 2010, rec. núm. 2098/2010; Baleares, de 18 de febrero de 2010, rec. núm. 561/2009, que señala que “el elemento constitutivo del derecho a la pensión de viudedad radica en la existencia de la pareja de hecho y no en la inscripción de ésta como tal o en el otorgamiento de escritura pública donde conste la constitución de dicha pareja, pudiendo acreditarse la existencia de la pareja de hecho por otros medios que de igual modo acrediten fehacientemente su existencia con la antelación necesaria”.

⁶⁸ SSTS de 9 de octubre de 2012, rec. núm. 3600/2011; de 24 de mayo de 2012, rec. núm. 1148/2011; de 27 de junio de 2012, rec. núm. 3742/2011; de 22 de diciembre de 2011, rec. núm. 886/2011; de 20 de julio de 2010, rec. núm. 3715/2010; de 27 de abril de 2011, rec. núm. 2170/2010; auto TS de 29 de mayo de 2012. En el mismo sentido, SSTSJ Galicia, de 22 de junio de 2012, rec. núm. 3226/2012; Galicia, de 20 de junio de 2012, rec. núm. 2834/2009; Aragón, de 18 de mayo de 2011, rec. núm. 257/2011; País Vasco, de 14 de abril de 2009, rec. núm. 174/2009; La Rioja, de 18 de noviembre de 2009, rec. núm. 311/2009, que deniega la pensión de viudedad a una pareja de hecho por no haberse inscrito en el Registro correspondiente, a pesar de superar con creces el período de convivencia requerido.

público equivalente al acta de constitución de la pareja⁶⁹. Para ello, el TS⁷⁰ argumenta que el fundamento de esta doctrina se puede sintetizar en que los requisitos legales de existencia de pareja de hecho y de convivencia estable y notoria establecidos en el art. 174.3 LGSS son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión, que las reglas de acreditación de uno y otro requisito son asimismo diferentes y que la existencia de pareja de hecho debe acreditarse mediante la inscripción en el registro específico de parejas de hecho, o bien mediante documento público en el que conste la constitución de la pareja. Y en este sentido es cuando se ha indicado que el libro de familia no sirve como prueba de la constitución de la pareja por cuanto no es ninguno de los documentos señalados por el legislador ni está previsto para acreditar otra cosa que la filiación según el art. 36 del Reglamento de Registro Civil⁷¹, al igual que tampoco se ha admitido como medio de prueba fotografías de ambos convivientes, fechadas al dorso de forma automática por la propia máquina fotográfica⁷². En definitiva, “los términos del precepto son terminantes en su claridad, y no cabe arbitrio judicial alguno sobre la forma de acreditarla”⁷³. No obstante, en un voto particular a la reciente STS⁷⁴ se inter-

⁶⁹ SSTS de 20 de julio de 2010, rec. núm. 3715/2009; de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 2897/2010; de 17 de noviembre de 2011, rec. núm. 463/2011; de 21 de noviembre de 2011, rec. núm. 1226/2011. En el mismo sentido, SSTSJ Castilla y León, de 3 de octubre de 2012, rec. núm. 614/2012; Murcia, de 14 de septiembre de 2012, rec. núm. 131/2012; Extremadura, de 27 de septiembre de 2011, rec. núm. 369/2011; Murcia, de 7 de junio de 2010, rec. núm. 348/2010; País Vasco de 14 de abril de 2009, rec. núm. 174/2009; Andalucía, de 25 de febrero de 2009, rec. núm. 2670/2008; Asturias, de 30 de octubre de 2009, rec. núm. 1962/2009; Madrid, de 18 de febrero de 2009; Madrid, de 9 de junio de 2010, rec. núm. 6209/2009; La Rioja, de 18 de noviembre de 2009, rec. núm. 311/2009; País Vasco, de 28 de abril de 2009, rec. núm. 428/2009; País Vasco, de 27 de octubre de 2009, rec. núm. 1587/2009; Murcia, de 8 de marzo de 2010, rec. núm. 63/2010; País Vasco, de 9 de febrero de 2010, rec. núm. 3072/2009; País Vasco, de 12 de mayo de 2009, rec. núm. 608/2009; País Vasco, de 30 de junio de 2009, rec. núm. 1032/2009.

⁷⁰ STS de 30 de mayo de 2012, rec. núm. 2862/2011. De la misma manera SSTS de 20 de julio de 2010, rec. núm. 3715/2009; de 27 de abril de 2011, rec. núm. 2170/2010; de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 2897/2010; de 9 de junio de 2011, rec. núm. 3592/2010; de 15 de junio de 2011, rec. núm. 3447/2010; de 28 de noviembre de 2011, rec. núm. 644/2011; de 20 de diciembre de 2011, rec. núm. 1147/2011; de 23 de enero de 2012, rec. núm. 1929/2011; de 26 de enero de 2012, rec. núm. 2093/2011; de 21 de febrero de 2012, rec. núm. 973/2011; de 12 de marzo de 2012, rec. núm. 2385/2011.

⁷¹ SSTS de 3 de mayo de 2011, rec. núm. 2897/2010; de 15 de junio de 2011, rec. núm. 3447/2010. En el mismo sentido, STSJ Castilla y León, de 5 de julio de 2012, rec. núm. 428/2012.

⁷² STSJ Canarias, de 28 de junio de 2010, rec. núm. 1369/2009.

⁷³ SSTSJ Asturias, de 26 de octubre de 2012, rec. núm. 2264/2012; Asturias, de 13 de octubre de 2010, rec. núm. 1707/2010. En términos similares, STSJ Andalucía, de 21 de junio de 2012, rec. núm. 947/2012.

⁷⁴ Concretamente, voto particular emitido por el profesor MANUEL RAMÓN ALARCÓN CARACUEL, en la STS de 24 de mayo de 2012, rec. núm. 1148/2011.

preta que, para acceder a la pensión de viudedad por parte de las parejas de hecho, “se puede acreditar de dos maneras: o bien mediante la convivencia ininterrumpida *more uxorio* de al menos cinco años que se puede probar por cualquier medio admisible en Derecho; o bien mediante su constitución formal como tal unión personal *more uxorio*, necesariamente a través de la inscripción en los Registros correspondientes o del otorgamiento de documento público”.

Como se aprecia, la pareja de hecho vuelve a tener un trato discriminatorio en relación con el matrimonio, pudiendo deducirse en el fondo la persistencia del prejuicio ideológico de que el matrimonio cumple una función social inexistente en las uniones de hecho⁷⁵. Con ello, se olvida que los progresivos cambios que ha venido experimentando la familia en el matrimonio de forma paralela a la consecución de mayores cotas de libertad e igualdad por parte de la mujer corren paralelos con la extensión y amplia admisión social de formas de convivencia como parejas de hecho⁷⁶, lo que permite a ésta cumplir también con eficacia la función social que tradicionalmente viene desarrollando el matrimonio. La CE acoge esa evolución, pero de forma contradictoria, pues una cosa es la existencia de una garantía institucional para el matrimonio (art. 32 CE) y otra bien distinta considerar que otras formas de unión afectiva no pueden alcanzar una garantía equivalente de la mano del legislador con fundamento, también constitucional, en la protección social, económica y jurídica de la familia, matrimonial o no, recogida en el art. 39 CE.

3.1.5. Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio

Según el art. 174.3 LGSS en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, la consideración de la pareja de hecho y su acreditación dependerá de lo que su legislación específica establezca al respecto. Es decir, sólo el concepto de pareja de hecho y la prueba de su existencia se dejan a lo que establezca el Derecho Civil propio de las comunidades autónomas⁷⁷, pues el requisito de la convivencia estable, notoria, ininterrumpida e inmediata al fallecimiento y el período mínimo de cinco años, así como la forma de su prueba a través del certificado de empadronamiento sigue siendo de carácter común para todo el territorio nacional. No se termina de comprender bien esta distinción, pues el concepto autonómico de pareja de hecho puede estar directamente relacionado con los requisitos de inscripción registral o no o los períodos de convivencia previa que se exigen a la misma, dependiendo de la situación de una a otra comunidad.

⁷⁵ Díez-Picazo, L., Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 2006. p. 72.

⁷⁶ Giddens, A., *Sociología*. Madrid: Alianza, 1994. p. 429.

⁷⁷ Así lo reiteran también las SSTSJ País Vasco, de 14 de abril de 2009, rec. núm. 174/2009; Cataluña, de 26 de abril de 2010, rec. núm. 550/2009.

De ahí que esta previsión sea criticada, puesto que puede existir una desigual regulación de esta materia en las diferentes comunidades autónomas, que puede producir diferentes consecuencias jurídicas para los ciudadanos y los posibles beneficiarios de este tipo de prestaciones, pues las legislaciones de las comunidades autónomas oscilan entre las que siguen el criterio general, del carácter constitutivo de la inscripción registral (entre otras, Galicia⁷⁸, Aragón⁷⁹, Baleares⁸⁰, País Vasco⁸¹) y aquellas otras que admiten la simple convivencia (entre otras, Cataluña⁸², Navarra⁸³). Es decir, desde la perspectiva constitucional se puede plantear un posible incumplimiento del principio de igualdad, pues es difícilmente ajustado a este principio que unas leyes autonómicas creen los Registros de Parejas con naturaleza constitutiva, mientras que otras no.

En definitiva, con esta remisión al Derecho Foral propio se determina la existencia de un abanico de criterios diferentes a la hora de valorar la existencia de una unión de hecho y la forma de probarla a los efectos aquí considerados. De esta forma, en muchos casos, el derecho a percibir la pensión de viudedad por el supérstite de una pareja de hecho va a condicionarse a una circunstancia personal extraña al rol específico asignado por el legislador a aquella, como es la vecindad civil, pues dependiendo del lugar en el que viva, aquél puede tener o no el referido derecho. Así pues, ello puede poner en cuestión un principio básico de nuestro sistema de Seguridad Social, como es el de unidad, además del de igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes con independencia del territorio en que residan y más ampliamente el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE, pues la remisión del art. 174.3 LGSS a la legislación autonómica específica de las comunidades autónomas con Derecho Civil propio está dando lugar a que parejas de hecho que se encuentran en la misma situación reciban trato distinto según su lugar de residencia, cuando nada hubiera impedido que el legislador hubiese regulado esta materia de manera unitaria y general para todo el territorio nacional, sin distinciones territoriales.

Sin duda, el legislador estatal podría haber regulado la cuestión del concepto y de la prueba de la constitución de una pareja de hecho de la misma manera para todo el territorio nacional, al amparo del art. 149.1.17 CE, sin

⁷⁸ Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia.

⁷⁹ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que deroga la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas de hecho estables no casadas.

⁸⁰ Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables.

⁸¹ Ley 2/2003, de 7 de mayo, de las parejas de hecho.

⁸² Ley 25/2010, de 29 de julio, Código Civil de Cataluña, que deroga la anterior Ley 10/1998, de 19 de julio, de uniones estables de pareja.

perjuicio de la competencia autonómica respecto de la “*conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*” (art. 149.1.18 CE), lo que es compatible con la legislación civil de las parejas de hecho. Al no hacerlo así, se invade la competencia exclusiva que el Estado tiene sobre la “*legislación básica de la Seguridad Social*”, y al respecto no cabe duda que el definir el supuesto de hecho que da acceso a una prestación del sistema público de Seguridad Social es legislación básica, y por tanto, debería ser de competencia exclusiva del Estado⁸⁴. Lo contrario supone introducir diferencias injustificadas en el disfrute de la citada prestación, según el lugar de residencia.

La solución a este problema de doble competencia sobre una misma materia puede verse en los criterios establecidos al respecto por la STC 71/1982⁸⁵, que indica que es el Estado el que tiene la responsabilidad de regular “*las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*” (art. 149.1.1 CE), por lo que su regulación debe ser preferente, al igual que prevalece la norma especial sobre la general, lo que aquí debe determinar la aplicación de la regulación específica del art. 174.3 LGSS sobre la normativa autonómica de las parejas de hecho.

De hecho, ante la posible vulneración del principio de igualdad, el TS⁸⁶ ha planteado cuestión de inconstitucionalidad en relación al párrafo quinto del art. 174.3 LGSS por depender los requisitos exigidos para acreditar la existencia de la pareja de hecho de la Comunidad Autónoma donde se reside. Entiende el TS que las opciones del TC son, por un lado, declarar la anticonstitucionalidad del citado párrafo para evitar que los requisitos exigidos para acreditar la existencia de pareja de hecho sean diferentes según las distintas comunidades, quedando como regla única para todo el Estado la establecida en el párrafo cuarto, o bien, hacer una sentencia interpretativa que deje claro que la remisión debe entenderse hecha no al Derecho Civil propio de determinadas comunidades sino a las leyes sobre parejas de hecho de las comunidades tengan o no las mismas Derecho Civil propio, habida cuenta que todas o casi todas disponen de ese texto normativo sobre uniones de hecho, aunque en este último caso, persistirá la desigualdad dimanante de la propia diversidad de esas leyes autonómicas sobre parejas de hecho.

⁸³ Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

⁸⁴ STC 197/1996, de 28 de noviembre.

⁸⁵ De 30 de noviembre.

⁸⁶ Auto TS de 14 de diciembre de 2011.

3.2. Requisitos económicos

Junto a los anteriores requisitos identificativos, el legislador estatal requiere también otros condicionantes específicos, no exigidos tampoco para el caso de matrimonio, de contenido económico. Concretamente, que no se superen unos determinados límites de ingresos. De esta forma, se introduce, por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico, el criterio de la dependencia económica del beneficiario respecto del fallecido a la hora de determinar el nacimiento o no del derecho a pensión. Una introducción que, parte de la doctrina⁸⁷, ve como un adelanto de un futuro cambio de modelo que se viene demandando desde distintos sectores y que podría afectar en el futuro a todas las pensiones de viudedad, pero que en la actualidad constituye simplemente una diferencia de trato, desfavorable para las parejas de hecho respecto a las uniones matrimoniales. Es decir, con este requisito se sigue hacia la tendencia de volver a considerar la viudedad como una pensión sustitutoria de rentas, como las demás pensiones de Seguridad Social, en vez de indemnizar un mero daño moral o afectivo⁸⁸.

Así, en primer lugar, este requisito se subdivide, por una parte, en la dependencia económica, la cual exige, por un lado, que el beneficiario acredite que durante el año natural anterior al fallecimiento del causante sus ingresos no alcanzaron el 50 % de la suma de los ingresos propios y los del causante en ese mismo lapso temporal. Al respecto, se consideran ingresos tanto los rendimientos de trabajo y de capital, como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones, para lo cual debe acudir a la legislación fiscal, de tal forma que, por ejemplo, la pensión de invalidez absoluta queda excluida del cómputo⁸⁹. En este caso, aunque la norma no lo diga expresamente, cabe entender que se parte de la existencia de hijos comunes con derecho a la pensión de orfandad, ya que el límite de ingresos es más elevando que en el segundo supuesto, en el que sí se menciona de forma expresa la inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. Por otro lado, podría plantearse la duda con respecto a la posibilidad de que existan hijos con derecho a la pensión de orfandad, pero que sean de uno sólo de los miembros de la pareja de hecho y convivan con el beneficiario. En tal caso, parte de la doctrina⁹⁰ considera que habría de aplicarse el mismo porcentaje del 50 % teniendo en

⁸⁷ Ballester Pastor, I., “La cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho”, en *TS*, 2008, núm. 209. p. 69.

⁸⁸ STSJ Canarias, de 28 de junio de 2010, rec. núm. 1369/2009.

⁸⁹ STSJ Cataluña, de 27 de septiembre de 2012, st. núm. 6325/2012.

⁹⁰ Martínez Abascal, V.A., “Las parejas de hecho... *op. cit.*”

cuenta que, de no hacerse así, se produciría un trato desigual injustificado que discriminaría en el acceso a la pensión de viudedad sobre la base de que los hijos con derecho a la pensión de orfandad no fueran comunes, aunque conviviendo con el beneficiario de la pensión de viudedad. Y, por otro lado, en el caso de que no existan hijos comunes con derecho a la pensión de orfandad, el límite se reduce al 25 % de la suma de los ingresos propios y los del causante, facilitándose, de este modo, el acceso a la pensión de viudedad por la razón inversa a la apuntada para el anterior supuesto.

En segundo lugar, aparece la situación de necesidad, requisito alternativo al anterior, pues aunque se superen los anteriores límites y, por tanto, no se pueda acceder a la pensión de viudedad, también se reconoce de forma alternativa el derecho a la pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, si bien dicho límite de ingresos se incrementa en 0,5 veces la cuantía del SMI por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente. Además, a diferencia de los dos anteriores donde el requisito económico sólo se exige en el momento en que fallezca el causante, pero no durante el período de percepción de la pensión, en este tercer supuesto, el requisito económico debe mantenerse durante todo el período de percepción de la pensión de viudedad.

Como se observa, en el caso de las parejas de hecho, donde se ponen unos topes para poder acceder a la pensión de viudedad, se desprende que la misma tiene una finalidad compensatoria de un daño derivado de la falta de ingresos del causante, objetivo que fijó en su momento el TC para la pensión de viudedad sin consideración alguna, por tanto, a la situación de necesidad real del beneficiario. Pero esta finalidad no tiene una justificación objetiva y razonable, lo que conduce a su carácter discriminatorio, pues la finalidad de compensar aquel daño se instrumenta en este caso mediante la fijación del referido límite de ingresos, o que genera unos efectos desproporcionados pues en unos casos resultarán protegidos beneficiarios cuando la pareja de hecho haya contado con elevados ingresos y en otros, quedarán fuera de protección beneficiarios en el supuesto nada inverosímil de que sus ingresos resulten escasos. Es decir, el requisito del desequilibrio económico pondera los efectos que produce la muerte del causante en la pareja que le sobrevive y opera con independencia de si existe o no realmente un estado de necesidad por parte de esta persona, que puede tener ingresos propios más que suficientes, siempre y cuando no alcancen, en relación con los del causante, el porcentaje fijado por la ley. De esta forma, la pensión de viudedad se asemeja a la pensión civil compensatoria, aunque no exige la permanencia del desequilibrio, pues cumplido el requisito en el momento del hecho causante, el conviviente supérstite mantendrá el derecho a la pensión con independencia de su situación económica posterior que puede mejorar sustancialmente sin que ello produzca la extinción de la

pensión. Y para el caso de que la muerte del causante no produzca un desequilibrio económico, el legislador ofrece una segunda vía para acceder a la pensión de viudedad, vía que sí pondera la existencia de una situación de insuficiencia de recursos, propia de la protección asistencial. De ahí, que se haya dicho que, en estos casos, se está ante un supuesto típico de “asistencialidad contributiva pura”⁹¹, aunque el carácter “asistencial” opera en el acceso a la protección y no en su contenido. De acuerdo con esta naturaleza “híbrida”, el legislador exige que el límite de rentas se cumpla durante todo el período de percepción de la pensión, de forma que si en algún momento se superara, el beneficiario perdería la prestación. Lo que no precisa la ley es si, en estos casos, el derecho a la pensión se extingue o tan sólo se suspende.

Por otro lado, con el establecimiento de estos límites económicos se vuelve a producir una situación discriminatoria en relación con el matrimonio, pues teniendo la pensión de viudedad la misma finalidad para ambas instituciones, sin embargo, para que la pareja de hecho pueda ser beneficiaria se le exige un requisito económico inexistente para el caso de matrimonio, con lo cual, induce a pensar en que, con ello, se está tratando de limitar el coste económico derivado del reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho. No obstante, el tercer supuesto trata de moderar, en cierta forma, el efecto excluyente que puede tener la aplicación de los límites de ingresos en los dos supuestos anteriores, cuando tales límites no alcancen la suma de los ingresos de aquél y del causante durante el año anterior al fallecimiento y, por tanto, el beneficiario no pueda acceder por esa vía a la pensión de viudedad. Bajo esta finalidad moderadora, la acreditación de un nivel de ingresos aproxima la pensión de viudedad a la situación de necesidad real del beneficiario y ello resulta positivo bajo el prisma del principio de igualdad sustancial, lo que no debe confundirse con la necesidad de recuperar el carácter de renta de sustitución de la pensión.

4. CONCLUSIÓN Y AVANCE EN LA IGUALDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO

En los últimos años el aumento de las uniones de hecho o de las parejas no casadas y su aceptación social es un ejemplo del profundo cambio operado en la concepción de la familia en nuestra sociedad. Su evolución ha ido acoplándose a nuevas fórmulas de convivencia, más acordes con el desarrollo de la personalidad y la libertad individual. Se puede detectar el reconocimiento cada vez más importante de las uniones de hecho como grupo familiar que desarrolla

⁹¹ López Terrada, E., Sala Franco, T., Roqueta Buj, R., López Balaguer, M., *La ley de medidas en materia de Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 110.

una comunidad de vida estable entre sus integrantes, incluso por el TC⁹², el cual destaca la importancia de las uniones de hecho en la sociedad actual como una forma más de familia, merecedora de protección.

De ello, se desprende que la concepción tradicional que se mantenía de que el matrimonio era la única forma de constitución familiar está en claro retroceso. Hoy día, una vez superada la concepción tradicional de familia, cada vez, es mayor el número de personas que reclaman un mayor reconocimiento jurídico de la familia constituida por la pareja de hecho, rechazando el tratamiento privilegiado de la unión matrimonial frente a la no matrimonial, argumentando sus propuestas en base a los arts. 1.1, 9.2, 10.1 y 14 CE así como los valores superiores del ordenamiento jurídico, como son la libertad, la justicia y la igualdad. Asimismo, cabe añadir que el art. 39.1 CE contiene el mandato dirigido a los poderes públicos de proteger de forma integral a la familia, ya sea matrimonial o no matrimonial.

Por todo ello, el sistema de protección social ha de adaptarse también al nuevo modelo social y al sistema de protección del art. 41 CE, que tiende a garantizar prestaciones adecuadas a las situaciones de necesidad y al modelo constitucional de familia, matrimonial y no matrimonial, abierto y plural, que debe ser objeto de protección por parte del sistema público de Seguridad Social.

Con la reforma llevada a cabo en 2007 se ha intentado actualizar la legislación social a esta nueva sociedad, incluyendo también a las parejas de hecho como posibles receptoras de la pensión de viudedad, pero no se han equiparado con totalidad a los matrimonios, pues, como se ha observado, además de los requisitos generales exigidos para los matrimonios, se han añadido otros específicos que limitan, en cierta forma, el acceso de cualquier pareja de hecho a esta prestación. De hecho, sólo tienen acceso a esta prestación las parejas de hecho que reúnan una serie de requisitos formales y de convivencia, así como un desequilibrio económico o estado de necesidad, requisitos que no se exigen cuando se trata de matrimonio. En definitiva, la pensión de viudedad que la norma establece no es a favor de todas las parejas “de hecho” con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho “registradas” y que asimismo cumplan el requisito convivencial, lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho únicamente corresponde a las “parejas de derecho” y no a las genuinas “parejas de hecho”⁹³. Estas diferencias en el acceso a la protección, a mi parecer, y al de parte de la doctrina⁹⁴ lleva

⁹² STC 222/1992, de 11 de noviembre.

⁹³ STS de 24 de mayo de 2012, rec. núm. 1148/2011; SSTSJ Castilla y León, de 3 de octubre de 2012, rec. núm. 614/2012; Andalucía, de 21 de junio de 2012, rec. núm. 947/2012; Galicia, de 22 de junio de 2012, rec. núm. 3226/2012; Galicia, de 20 de junio de 2012, rec. núm. 2834/2009.

⁹⁴ Lamarca i Marqués A., Alascio Carrasco, L., “Parejas de hecho y pensión de viudedad”, en *Indret*, 2007, núm. 4. p. 26.

a apreciar un trato desigual no justificado, lo que constituiría una vulneración del art. 14 CE⁹⁵, pues el hecho de que la Ley 40/2007 establezca más requisitos para las parejas de hecho, a mi parecer, va en contra del principio de igualdad, dado que una vez que el legislador reconoce la pensión de viudedad a la unión de hecho, estos requisitos no pueden configurarse de modo desigual en relación con el matrimonio, pues ese desigual trato carece de una justificación objetiva y razonable atendiendo a la finalidad de la citada prestación, cual es la de compensar la situación de necesidad sobrevenida con la muerte del causante, finalidad que excluye la consideración de la clase de vínculo de convivencia como factor diferenciador del que pueda derivarse un trato peyorativo para las parejas de hecho.

Recientemente, nuestro TC⁹⁶ se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del apartado c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, que exige el requisito de haber tenido hijos comunes con el causante para acceder a la prestación de viudedad respecto a hechos causantes anteriores al 1 de enero de 2008, por infringir el principio de igualdad del art. 14 CE, en tanto que excluye del acceso a esta prestación a las parejas de hecho del mismo sexo cuando el hecho causante se haya producido antes de la posibilidad legal de adopción.

Al respecto, el TC señala que no debe perderse de vista que el carácter retroactivo del derecho a la pensión de viudedad es un acto discrecional del legislador, por lo que es admisible que los requisitos exigidos sean diferentes y más restrictivos que los previstos para el régimen general. Pero, el problema no es que el régimen sea diferente, sino que pueda ser arbitrario. Y aquí surge la duda, porque, aunque formalmente la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 no diferencia entre parejas heterosexuales y homosexuales, lo cierto es que el requisito de tener hijos comunes resulta de difícil cumplimiento para las parejas del mismo sexo. De ahí que se haya planteado si se vulnera el art. 14 CE en relación con las parejas homosexuales, pues se trata de “un requisito de imposible cumplimiento para las parejas de hecho homosexuales masculinas y, por ello, comportar un trato desfavorable por causa de orientación sexual, expresamente prohibido por aquel precepto constitucional”⁹⁷.

⁹⁵ El voto particular formulado por el profesor Alarcón Caracul en la STS de 24 de mayo de 2012, rec. núm. 1148/2011, indica que el hecho de que el legislador solamente haya concedido la pensión de viudedad a las “parejas de derecho”, y no a las “de hecho”, “ello debería llevar a plantear la cuestión de inconstitucionalidad por un indebido trato desigual respecto a las uniones matrimoniales”.

⁹⁶ STC 41/2013, de 14 de febrero.

⁹⁷ Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, de 11 de noviembre de 2008, que señala que la citada disposición adicional comporta un trato desfavorable por causa de orientación sexual, toda vez que el requisito de haber tenido hijos en común que establece la citada disposición para poder causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se produjo antes del 1 de enero de 2008, resulta de muy

Para responder a esta posible inconstitucionalidad el TC, a pesar de que la cuestión de inconstitucionalidad promovida⁹⁸ alegaba una posible vulneración del art. 14 CE por discriminación por orientación sexual, analiza dicha constitucionalidad en relación al principio de igualdad del art. 14 CE. Así, en primer lugar, el TC recuerda que, según ha venido declarando, la exigencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad no pugna con el art. 14 CE, toda vez que el “matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes”⁹⁹. Por consiguiente, nada se opone constitucionalmente “a que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de esa diferente situación de partida”¹⁰⁰. En definitiva, “la exclusión de las parejas de hecho de la protección dispensada en materia de pensión de viudedad por el sistema público de Seguridad Social no resulta contraria a la Constitución”¹⁰¹. Así, el TC legitima plenamente al legislador en el establecimiento de los requisitos que estime convenientes, y en la extensión de los beneficios de la pensión de viudedad a las parejas de hecho estables, sin que tenga que llegar a su plena equiparación con los matrimonios.

En segundo lugar, el TC analiza su fundamento e indica que, aunque en su configuración actual, la pensión de viudedad no tenga por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o dependencia económica, sino más bien compensar un daño producido por la minoración de ingresos al fallecer el causante, sin embargo, ello no impide que el legislador pueda, en el futuro, ir configurándola hacia otra finalidad, condicionando así su reconocimiento a la existencia de un estado real de necesidad económica, tal y como lo ha hecho así para las parejas de hecho con la Ley 40/2007.

En tercer lugar, el TC señala, bajo el principio de igualdad del art.14 CE, que no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del citado precepto, sino sólo las que introducen diferencias entre situaciones iguales sin que tengan una justificación objetiva y

difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hechos homosexuales. Pues, además de la imposibilidad biológica, ha de tenerse en cuenta que el derecho de las parejas del mismo sexo a la adopción conjunta y la adopción individual del hijo del convivientes sólo ha sido reconocido de manera reciente en algunas comunidades autónomas. Por tanto, este requisito, aparentemente neutral, supone así un trato discriminatorio para las parejas del mismo sexo.

⁹⁸ Cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona.

⁹⁹ STC 184/1990, de 15 de noviembre.

¹⁰⁰ STC 184/1990, de 15 de noviembre.

¹⁰¹ STC 41/2013, de 14 de febrero.

razonable. Es decir, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

Por tanto, el TC señala que este requisito del apartado c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, que exige el tener hijos comunes es inconstitucional, en base, principalmente, a dos motivos. Por un lado, porque dicho requisito no constituye un indicador inequívoco de la existencia efectiva de la relación de convivencia *more uxorio* -tal y como habían indicado el Fiscal General y el Abogado del Estado en sus escritos de alegaciones ante el TC, donde señalaban que su fin es evitar posibles reclamaciones abusivas o fraudulentas-, pues ni la circunstancia de tener hijos en común acredita una mayor estabilidad a la unión de hecho, ni dicha circunstancia es el único medio de prueba para acreditar la solidez de la unión. Es más, el apartado b) de la citada disposición exige, como requisito independiente para acceder a la prestación, la convivencia ininterrumpida durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento, lo cual constituye una clara prueba de estabilidad de la unión de hecho. Por otro lado, el TC señala que la mayor situación de dependencia económica que puede suponer la existencia de hijos en común de la pareja de hecho tampoco constituye justificación objetiva y razonable de dicho requisito, porque en el mismo únicamente se exige que hayan tenido “*hijos comunes*” sin diferenciar entre que sean menores o mayores de edad, o en situación de dependencia económica o no, o incluso si sobreviven al causante o han fallecido, de tal forma que, tal y como está redactado este requisito, no da a entender que ello genera una mayor dependencia económica.

En suma, el TC considera que esta diferencia de trato que establece el citado apartado c) “se revela así carente de una justificación objetiva y razonable, porque no responde a la finalidad de la pensión (contributiva) de viudedad configurada por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (referida a hechos causantes acaecidos antes de su entrada en vigor, de ahí su carácter excepcional) que no es propiamente la de atender a una real situación de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien resarcir frente a la que se produce al actualizarse la contingencia (la muerte del causante), por la falta o minoración de ingresos de los que participada el supérstite, otorgando a tal efecto una pensión que depende en su cuantía de las cotizaciones efectuadas por el causante al régimen de Seguridad Social correspondiente”¹⁰².

¹⁰² STC 41/2013, de 14 de febrero de 2013.

Por último, el TC sostiene que este requisito, además, resulta de imposible cumplimiento, por razones biológicas, para las parejas de hecho, ya sean del mismo o diferente sexo que no han podido tener hijos por razones de infertilidad, teniendo en cuenta, también, que la posibilidad de adopción de niños por las parejas de hecho ha estado vetada en nuestro ordenamiento jurídico hasta fechas relativamente recientes.

De ahí, que el TC declara que la letra c) de la citada disposición, referida a la exigencia de que las parejas de hecho, cuyo causante ha fallecido antes del 1 de enero de 2008, puedan acceder a la prestación por viudedad, es nula por inconstitucional, por vulnerar el principio de igualdad del art. 14 CE¹⁰³. Con esta sentencia se da un paso más hacia la equiparación de las parejas de hecho y del matrimonio en el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, aunque todavía, el legislador prevé diferentes requisitos para el matrimonio y para las parejas de hecho, como se ha visto a lo largo de este estudio.

¹⁰³ No obstante, hay un voto particular que entiende que este requisito es razonable atendiendo a “los limitados recursos económicos del sistema de Seguridad Social. Haber tenido hijos en común implica la existencia de mayores cargas familiares, anteriores y/o posteriores al hecho causante, cuya atención incide en todo caso sobre la capacidad económica del superviviente. Su valoración por el legislador, por tanto, encaja perfectamente en la lógica de esta prestación dirigida a compensar el daño que la muerte del causante produce en el beneficiario por la falta o minoración de ingresos de los que participaba”. Además, considera que se trata de un indicio probatorio concluyente de la existencia de la pareja de hecho.