

Máster en Abogacía por la Universidad de León

Facultad de Derecho

Universidad de León

Curso 2015/2016

EL ACCESO DE LAS PAREJAS DE HECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

(The access of the common-law partners to the widow's pension)

Realizado por la alumna Doña Andrea Velilla Díez

Tutorizado por la Profesora Doctora María Pilar Gutiérrez Santiago

# ÍNDICE

TABLA DE ABREVIATURAS.....	3
RESUMEN.....	4
OBJETO.....	5
METODOLOGÍA.....	6
I. Introducción.....	7
II. Evolución normativa del reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho.....	9
III. Análisis de los requisitos exigidos a la pareja de hecho para acceder a la pensión de viudedad.....	13
1. Relación de afectividad análoga a la conyugal.....	13
2. Formalización como pareja de hecho.....	15
2.1 El requisito subjetivo de no hallarse impedido para contraer matrimonio y no tener vínculo matrimonial con otra persona.....	16
2.2 El requisito de constitución legal como pareja de hecho.....	23
2.3 El requisito de convivencia estable y notoria.....	29
3. Carencia de rentas.....	32
IV. Tratamiento de las parejas de hecho homosexuales.....	37
CONCLUSIONES.....	40
BIBLIOGRAFÍA.....	42
ANEXO JURISPRUDENCIAL.....	44

## TABLA DE ABREVIATURAS

ART	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
RD	Real Decreto
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

## **RESUMEN**

En los últimos años las leyes están reconociendo nuevos derechos a las uniones de hecho. Este trabajo se centra en el derecho de éstas a obtener la pensión de viudedad.

Para tener la posibilidad de acceder a la misma, es necesario cumplir con unos requisitos que marca la ley, los cuáles son: la pareja tiene que estar formalizada como tal a través de alguno de los medios que específicamente dicta la ley durante al menos los dos años anteriores al fallecimiento, la pareja tiene que acreditar una convivencia estable de al menos cinco años ininterrumpidos previos al fallecimiento, el miembro superviviente tiene que acreditar una carencia de ingresos mediante los límites económicos recogidos en la ley. Además se analizará el caso particular de aquellas parejas de hecho homosexuales cuyo fallecimiento tuvo lugar antes de la legalización del matrimonio homosexual.

**Palabras clave:** parejas de hecho, pensión de viudedad.

## **ABSTRACT**

In the last years the laws are recognizing new rights to the common-law partners. This work focuses on the right of the widow or widower to obtain a pension. In order to be able to obtain it, it is necessary to fulfill some requirements approved by law. These are: the common-law partnership has to be formalized in some of the ways included in the law during the period of time of at least two years before the death.

The couple has to prove a stable cohabitation during at least five uninterrupted years before the death. The widow or widower has to prove a lack of incomes through the economical limits written in the law. Besides, the case of those homosexual common-law partners whose death happened before the legalization of the homosexual marriage will be analysed.

**Key words:** common-law partners, widow's pension.

## **OBJETO**

Este trabajo está enfocado a hacer un estudio sobre el derecho de las parejas de hecho a acceder a la pensión de viudedad.

Hace años, el acceso a este tipo de prestaciones estaba vedado para aquellas parejas que no se encontraban unidas por vínculo matrimonial.

Sin embargo, con el paso de los años, se fue poco a poco reconociendo esta pensión en ciertos casos en los que a pesar de haber convivido con una relación análoga a la conyugal, sus miembros no habían podido contraer matrimonio debido a la legislación vigente en ese momento.

Con la entrada en vigor de la Ley 4/2007, de 4 de diciembre, se reconoce el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho siempre que cumplan con unos requisitos recogidos en la ley.

Actualmente nos tenemos que dirigir al artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Con este trabajo se pretende hacer un estudio sobre los requisitos exigidos por dicha ley. Para ello es necesario acudir regularmente a la jurisprudencia, ya que han sido los tribunales los encargados de clarificar el alcance y el contenido específico de dichas exigencias.

El reconocimiento de este derecho ha tenido una gran repercusión social respecto a una demanda que se venía produciendo desde hacía años. Éste sin embargo, no está plenamente equiparado a su homólogo reconocido a los matrimonios.

Mantienen unas diferencias que se traducen en una mayor exigencia de las condiciones por parte del legislador hacia las uniones de hecho.

No obstante, este reconocimiento ha supuesto una importante evolución para las parejas de hecho como realidad social plenamente reconocida por nuestro país.

## **METODOLOGÍA**

La forma en la que ha sido redactado este trabajo ha sido consecuencia del estudio de fuentes tanto doctrinales como jurisprudenciales.

En primer lugar se siguieron las pautas básicas de organización informativa comunes a todos los trabajos.

Se procedió a la lectura de artículos doctrinales para poder aprender y hacerse una idea más o menos completa sobre el tema del trabajo.

Una vez leídos los artículos encontrados, se pudo comprender cuáles eran los puntos que habían generado más disertación por la ambigüedad o por el poco desarrollo al que fueron sometidos en la ley.

Para poder entender las diferentes posturas defendidas sobre dichos puntos fue necesario acudir regularmente a la jurisprudencia para saber cómo se habían resuelto finalmente esas disertaciones y para poder percibir de manera definitiva el contenido y alcance que sobre esta materia proclama la ley.

Una vez adquirido el conocimiento teórico se procedió a la redacción del cuerpo definitivo del trabajo, seguido del resto de apartados que conforman el Trabajo Fin de Máster.

La corrección y organización de los contenidos del texto ha sido el último escalón, tratando de mantener un buen nivel de profundidad y contenido, se ha intentado dinamizar la redacción para hacer un escrito coherente y equilibrado con las dimensiones propuestas.

## I. Introducción

En los últimos años estamos presenciando en nuestro país una serie de cambios y avances que tienen por objeto los nuevos modelos de convivencia familiar.

El cambio más destacable vino con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, estableciendo los mismos requisitos y efectos ya sean los contrayentes del mismo o distinto sexo.<sup>1</sup>

Otra figura que está cobrando cada vez más importancia como nuevo modelo de convivencia familiar es la pareja o unión de hecho.

En España se está observando un decrecimiento del número de matrimonios a la vez que se produce un incremento de las parejas de hecho. La sociedad ya no contempla el matrimonio como la única opción para vivir en pareja.

La normalización de las nuevas formas de desarrollo de la vida en familia se ha visto reflejada en la Jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el ámbito de sus respectivas competencias, han tenido que precisar el tratamiento jurídico que merecen las parejas de hecho.

En España también se reclama una respuesta por parte del derecho. Desde 1994, ha habido intentos de abordar una regulación para las uniones de hecho por parte de grupos parlamentarios<sup>2</sup>.

El resultado es que hasta el momento la normativa estatal que hace referencia a esta cuestión es escasa y atiende a situaciones concretas, sin llegar a materializarse en una regulación general, siendo muchas Comunidades Autónomas las que han optado por legislar acerca de ello.

---

<sup>1</sup> Artículo 44 del Código Civil.

Esta ley fue objeto de recurso número 6864-2005 ante el Tribunal Constitucional por parte del Partido Popular. La STC 198/2012 de 6 de noviembre (BOE núm. 286 de 28 de noviembre de 2012) rechazó el recurso.

<sup>2</sup> Por ejemplo, la proposición de Ley 122/000069 sobre igualdad jurídica para las parejas de hecho presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. En su Disposición adicional 2ª se establecía que «*A todos los efectos tributarios, la persona con quien aquél conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, se equiparará al matrimonio, siempre que la misma y su acreditación reúnan los requisitos previstos en esta Ley*» (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de abril de 2008).

En este punto hay que señalar que aunque el concepto de pareja de hecho comparta con el matrimonio unas notas características tales como la convivencia en el mismo domicilio, la estabilidad y la notoriedad<sup>3</sup>, tanto la doctrina como la jurisprudencia han negado categóricamente la posibilidad de aplicar de manera analógica, automáticamente y en todo caso, las disposiciones normativas relativas al matrimonio a las uniones de hecho estables o «*more uxorio*»<sup>4</sup>.

Sin embargo, esto no es obstáculo para que el legislador haya decidido otorgar en ciertas ocasiones a las uniones de hecho una protección similar a la concedida al matrimonio, de acuerdo con las necesidades y finalidades que estime convenientes en cada momento según los recursos disponibles y dependiendo del sector del ordenamiento jurídico.<sup>5</sup> Esta extensión de algunos derechos y obligaciones que se reservaban al matrimonio, se ha llevado a cabo antes en sede judicial que en el ámbito normativo y, como ya se señaló anteriormente, ha sido de forma dispersa<sup>6</sup> con la salvedad de la normativa aprobada por algunas Comunidades Autónomas, aplicable a sus respectivos ámbitos territoriales<sup>7</sup>.

En este trabajo vamos a centrarnos en una manifestación concreta de la protección que el Estado otorga a las parejas de hecho: el acceso a una pensión de viudedad siempre que se cumplan los requisitos marcados en el artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social.

---

<sup>3</sup> STS 469/1992, de 18 de mayo (Roj 3961/1992).

<sup>4</sup> La STC 38/1991, de 14 de febrero (BOE núm. 66 de 18 de marzo de 1991), señala que «*el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida*»

<sup>5</sup> STC 184/1993, de 31 de mayo (BOE núm. 159 de 5 de julio de 1993).

<sup>6</sup> La Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos en su artículo 16 apartado b) dice que podrá subrogarse en el contrato en caso de muerte del arrendatario «*La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.*».

Por otro lado, para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud se pide que la pareja de hecho acredite su existencia a través de la certificación de la inscripción en alguno de los registros públicos existentes o, en su defecto, mediante el documento público correspondiente para acreditar la existencia de una pareja de hecho (artículos 3 y 6 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto).

<sup>7</sup> Son varias las Comunidades Autónomas que han regulado qué debe entenderse por uniones o parejas de hecho dentro de su ámbito territorial, así como la forma de acreditarlo (Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Cataluña, Extremadura, Madrid, Navarra, País Vasco y Comunidad Valenciana). Otras han creado un registro específico (Castilla-La Mancha, Castilla y León, y La Rioja).

## **II. Evolución normativa del reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho.**

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, introdujo de manera definitiva el reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho siempre y cuando cumplieran con unos determinados requisitos.<sup>8</sup>

Sin embargo, antes de la aprobación de esta ley, hubo otras que ya fueron introduciendo menciones a estos casos a los que, por un lado, el legislador no prestaba mucha atención pero, por otro, ya constituían una realidad social.

Así, pues, podemos ver que la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, en materia de Seguridad Social y de manera provisional regula ciertas cuestiones sobre el acceso a la pensión de viudedad.

Hay que recordar que, con anterioridad a esta ley, la legislación entonces vigente no permitía la disolución del vínculo matrimonial tal y como se permite hoy en día.

Con esta disposición se vino a admitir que los convivientes que no hubiesen podido contraer matrimonio por estar ya unidos a otra persona, pero que hubieran convivido como tal, pudiesen disfrutar de la pensión de viudedad en caso de que uno de ellos hubiese muerto antes de la entrada en vigor de dicha ley.<sup>9</sup>

Más adelante, la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado de 2006, recoge el mandato de extender la protección de la viudedad a aquellas personas que, aun sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores en común en el momento del fallecimiento del causante.

---

<sup>8</sup> « En materia de supervivencia, las mayores novedades atañen a la pensión de viudedad y, dentro de ésta, a su otorgamiento en los supuestos de parejas de hecho que, además de los requisitos actualmente establecidos para las situaciones de matrimonio, acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años, así como dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. ». Preámbulo de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

<sup>9</sup> Esta ley entró en vigor el 9 de agosto de 1981.

En esta misma línea con los elementos mencionados, el Acuerdo en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006<sup>10</sup> proclama la necesidad de reconocer la pensión de viudedad a las parejas de hecho al incluirse una serie de compromisos que implican modificaciones en normas con rango de ley.

Así, llegamos a la Ley 40/2007, en cuyo preámbulo nos explica que la ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles indicativos de dicha situación, intentando con ello una aproximación en la medida de lo posible, a la institución matrimonial. No obstante, nos advierte, habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad.

Para saber cuál es el perfil indicativo de una pareja de hecho, hay que acudir al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Concretamente en el artículo 221.2, aparecen claramente los requisitos que son exigidos a las parejas de hecho para que puedan acceder a la pensión de viudedad.

El tenor literal del contenido del artículo dice así:

*«A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.*

*La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la*

---

<sup>10</sup> El Acuerdo fue suscrito por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, que, a su vez, trae causa de la Declaración para el Diálogo Social firmada por los mismos interlocutores el 8 de julio de 2004.

*formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. »*

A estas circunstancias hay que añadir otro requisito, que es la prueba de la carencia de recursos económicos por parte del supérstite. Este requisito aparece explicitado en el apartado 1 del artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social.

Más adelante analizaremos los requisitos exigidos a las parejas de hecho para acceder a la pensión de viudedad.

Asimismo, es necesario destacar que en la anterior Ley General de la Seguridad Social aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, el artículo 174.3 que regulaba la pensión de viudedad en las parejas de hecho, contenía un párrafo que establecía lo siguiente: *« En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica »*.

Esto venía a significar que las Comunidades Autónomas que no tuvieran derecho civil propio, la consideración de pareja de hecho y su acreditación, se haría conforme a lo dispuesto en el entonces vigente párrafo cuarto del artículo 174.3.

Por otro lado, aquellas Comunidades Autónomas con derecho civil propio que hubiesen legislado acerca de esta cuestión podrían remitirse a su normativa propia.

Con todo, era evidente que el concepto de pareja de hecho y la manera de acreditar su existencia quedaba despojada de una regulación uniforme para todo el país, haciendo depender del lugar de residencia el acceso a la pensión.<sup>11</sup>

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, acordó elevar una cuestión de inconstitucionalidad sobre dicho párrafo ante el Tribunal Constitucional, tras admitir a trámite un recurso para la unificación de doctrina.

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares, exige como requisito constitutivo la inscripción en el Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares; mientras que el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba del Código del Derecho Foral de Aragón, establece que la existencia se podrá probar, si no existiera escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho.

La Sala entendía que ese párrafo podría ser contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, en cuanto establecía para ciertas Comunidades Autónomas una remisión a su propia regulación sobre la acreditación de los requisitos para acceder a la pensión de viudedad en las parejas de hecho que difería de la regla general contenida en el entonces vigente párrafo cuarto del artículo 174.3.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2014 de 11 de marzo (BOE núm. 87 de 10 de abril de 2014), estimó la cuestión de inconstitucionalidad, y declaró inconstitucional y nulo el párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS por vulneración del artículo 14 CE en relación con el artículo 149.17 CE.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> El Tribunal Constitucional debía valorar si la diferencia de trato respondía a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada, tomando en consideración que se trata de una prestación de Seguridad Social establecida por el Estado con fundamento en el artículo 149.1.17 de la Constitución.

El Tribunal valora que el régimen público de la Seguridad Social se configura como una función del Estado destinada a garantizar la asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad y al hacerlo debe asegurar la uniformidad de las pensiones en todo el territorio nacional, como se desprende del artículo 2.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

De otro lado, en el caso de la pensión de viudedad, las diferencias en función del criterio de residencia en una u otra Comunidad Autónoma no gozan, a su juicio, de esa justificación objetiva, por cuanto no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación a esta prestación es mayor o más grave en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

La Sentencia señala que el párrafo quinto del artículo 174.3, no puede justificarse al amparo del artículo 149.1.8 CE relativo a la «conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», dado que en este supuesto concreto no se trata de conservar, modificar o desarrollar el derecho civil foral. A juicio del Tribunal estamos en presencia de una norma de Seguridad Social que, por referencia a otras normas, regula la forma de acreditar los requisitos para el acceso a una prestación de la Seguridad Social.

Además su aplicación podría producir un resultado desproporcionado, ya que dependiendo de la Comunidad Autónoma de residencia el superviviente de la pareja de hecho podría tener o no acceso al cobro de la correspondiente pensión.

Por tanto determina que: *«no es posible deducir finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la correspondiente pensión de viudedad en función de residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio, que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho».*

Esta declaración de inconstitucionalidad afecta sólo a los supuestos futuros y a aquellos procedimientos administrativos o judiciales sobre los que no haya recaído sentencia firme.

Sin embargo, hay que señalar que esta sentencia cuenta con un voto particular formulado por la Magistrada D<sup>a</sup> Encarnación Roca, al que se adhiere el Magistrado D. Juan Antonio Xiol.

En síntesis vienen a defender que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha mantenido la igualdad entre los sistemas civiles españoles, el estatal y los autonómicos, apuntando a la STC 226/1993, de 8 de julio.

Defiende que el artículo 174.3 se remite a las leyes de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, a quienes corresponde regular este tipo de uniones y que no se produce ningún tipo de desigualdad ya que la falta de derecho civil propio, no impediría a las parejas de hecho de otras Comunidades acceder a la pensión, ya que tendrían que acreditar su existencia mediante lo dispuesto en la norma general.

Valoran que la desigualdad se produciría si estas parejas no pudieran acceder a la pensión por carecer la Comunidad Autónoma donde se hallan domiciliadas de Derecho civil propio.

El voto particular cree que la cuestión de inconstitucionalidad se tendría que referir a aquellas otras Comunidades Autónomas que han regulado los efectos de las convivencias de hecho careciendo de Derecho civil propio.

### **III. Análisis de los requisitos exigidos a la pareja de hecho para acceder a la pensión de viudedad.**

#### **1. Relación de afectividad análoga a la conyugal.**

El artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social, exige, en primer lugar, que la pareja de hecho tiene que estar constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal.

Sin embargo, no existe una definición legal de la  *affectio maritalis*, ya que la afectividad es un elemento de carácter subjetivo perteneciente a la esfera personal del ser humano.

Ya que no es posible medir la relación de afectividad entre dos personas, es preciso acudir a elementos externos y objetivos cuyo cumplimiento lleva a deducir mediante la presunción que nos hallamos ante una pareja de hecho.

En consecuencia, este requisito de afectividad no ha de ser acreditado de forma independiente, sino que se presume intrínseco a la pareja de hecho que cumpla el resto de los requerimientos previstos en el artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social.

Para saber cuáles son los elementos externos y objetivos que debemos analizar para deducir que estamos ante una pareja de hecho, debemos acudir a los derechos y deberes que definen la relación que debe unir a los cónyuges.

En los artículos 67, 68 y 69 del Código Civil es donde aparecen detallados tales derechos y deberes conyugales: respetarse y ayudarse mutuamente, actuando en interés de la familia; guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente; compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y de otras personas dependientes a su cargo; vivir juntos (lo que se presume para los cónyuges salvo prueba en contrario).

En base a estas premisas, la jurisprudencia ha venido delimitando qué caracteres ha de reunir una pareja de hecho para ser acreedora de aquellos efectos que en la esfera jurídica les pueda reservar nuestro ordenamiento.

Interesa en este momento reiterar nuevamente que la construcción doctrinal sobre las parejas de hecho y la extensión de alguno de los efectos que el ordenamiento jurídico reservaba a las uniones matrimoniales, se ha llevado a cabo antes en sede judicial que en el ámbito legal.

De manera general, estos son los caracteres que la jurisprudencia ha venido señalando como signos de una relación de afectividad análoga a la conyugal: convivencia voluntaria, estable, practicada de forma externa y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia de intereses y fines, en el núcleo del mismo hogar.<sup>13</sup>

Concretamente hay que hacer especial mención al requisito de la convivencia.

En el matrimonio se concibe como una de las obligaciones de los cónyuges recogidas en el Código Civil. Sin embargo, en el caso de que éstos no convivan no se denegará por este motivo la pensión de viudedad.

Esto no ocurre en el caso de las parejas de hecho, ya que la convivencia es inherente a las mismas. De hecho, en muchas Comunidades Autónomas es exigido que las parejas acrediten un mínimo período de convivencia previa para poder inscribirse como pareja de hecho.<sup>14</sup>

Como ya hemos comentado no se trata de cualquier convivencia, sino de una convivencia marital, en la que la pareja se une por el afecto que se profesan, no por razones comerciales. No basta, pues, con vivir juntos bajo un mismo techo.

No habrá, pues, convivencia marital, a efectos de pensión de viudedad, cuando se convive por razones de trabajo o de estudios; con fines de asistencia sanitaria ni para compartir gastos, sino únicamente si se tiene un proyecto de vida en común. Tampoco se considera marital la convivencia entre dos novios en períodos ocasionales como fines de semana o vacaciones.

---

<sup>13</sup> STS 469/1992, de 18 de mayo (Roj 3961/1992).

<sup>14</sup> Por ejemplo, en el caso de querer formalizarse como pareja de hecho en Castilla y León, se exige haber convivido al menos durante los seis meses inmediatamente anteriores a la inscripción o durante seis meses continuados. Si la pareja tiene descendencia en común no es necesario acreditar período mínimo de convivencia.

Así mismo la convivencia tiene que ser pública y libre. Por supuesto, puede haber períodos puntuales de no convivencia involuntaria que permiten una interpretación flexible de este requisito.<sup>15</sup>

## **2. Formalización como pareja de hecho.**

Con anterioridad nos hemos ocupado de lo que debe entenderse por una relación de afectividad análoga a la conyugal, como primero de los presupuestos que reclama el artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social.

Sin embargo, este precepto exige, no sólo la constitución de una pareja de hecho, sino de una pareja de «derecho»<sup>16</sup>. Aquellas parejas que no cumplan con los condicionamientos previstos por el artículo 221 podrán tener reconocimiento a otros efectos, pero no a la hora de recibir la pensión de viudedad.

El artículo 221 exige, para la válida constitución de la pareja, un requisito subjetivo, otro *ad solemnitatem* y otro temporal.

El requisito *subjetivo* es que no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que no tengan vínculo matrimonial con otra persona. Más adelante, profundizaremos en el análisis de esta cuestión en concreto.

El requisito *ad solemnitatem* consiste en que la pareja se encuentre legalmente constituida, tal y como se exige al matrimonio.

En el caso de la pareja de hecho se acredita mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja.

En ambos casos, deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

---

<sup>15</sup> En este sentido se puede leer la Sentencia de Audiencia Provincial de Navarra 24/2006, de 15 de febrero (Roj 576/2006) en la que se aprecia y declara que “*en los supuestos de ingreso en centro hospitalario de uno de sus miembros no se interrumpe dicha convivencia si el otro miembro de la pareja actúa como tal*”.

<sup>16</sup> STS de 20 de julio de 2010 (Roj 4795/2010).

El requisito *temporal* consiste en la exigencia de un período de convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

Analizaremos seguidamente con más detalle la importancia de cada uno de estos tres requisitos.

## **2.1 El requisito subjetivo de no hallarse impedido para contraer matrimonio y no tener vínculo matrimonial con otra persona.**

Los tipos de impedimentos para contraer matrimonio aparecen recogidos en los artículos 46 y 47 del Código Civil. Pueden ser de dos clases: absolutos, por afectar a todas las personas, y relativos, por afectar sólo a las personas en las que concurran unas determinadas circunstancias o características.

Están impedidos para contraer matrimonio de forma absoluta:

- Los menores de edad no emancipados.
- Los que estén ligados con vínculo matrimonial.
- De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 56 del Código Civil, si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento. Por tanto aquellas personas que en su sentencia de incapacidad aparezca su incapacidad para prestar consentimiento matrimonial, no podrán casarse.<sup>17</sup>

Están impedidos para contraer matrimonio entre sí:

- Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.
- Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Artículo 760 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: «*La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta (...)».*

<sup>18</sup> Es necesario que la sentencia condenatoria sea firme.

El artículo 48 del Código Civil explica que algunos de estos impedimentos pueden ser objeto de dispensa por la autoridad competente.

Así, pues, el Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior.

El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años.

En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores.

También señala que la dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.

Respecto de las parejas de hecho, no está muy claro si podrían aplicarse las mismas dispensas que en el caso del matrimonio. Un sector de la doctrina mantiene que la dispensa sólo cabría única y exclusivamente en el ámbito del matrimonio; por lo tanto, si concudiese alguno de los impedimentos, la pareja no podría formalizarse.<sup>19</sup>

Otro grupo de autores opina lo contrario, argumentando que la analogía entre ambas instituciones supondría que la dispensa también debería ser aplicable a las parejas de hecho.<sup>20</sup>

El requisito de no tener vínculo matrimonial con otra persona es muy importante y la determinación de su alcance exacto ha generado numerosa jurisprudencia.<sup>21</sup>

Esta exigencia de que ninguno de los miembros de la pareja se halle vinculado matrimonialmente a un tercero, se cumple no sólo en el caso de que no hayan contraído nunca matrimonio, sino también en el caso de que el vínculo matrimonial ya no exista.

Tal y como el Código Civil recoge, el vínculo matrimonial desaparece en el caso de que se decrete la nulidad del mismo<sup>22</sup>, o mediante su disolución ya sea por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, o por el divorcio.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis* Bomarzo, 2009, 122.

<sup>20</sup> MELLA MÉNDEZ, Lourdes. El concepto " pareja de hecho " a efectos de la pensión de viudedad. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. 2012, núm. 9/2012, 195-218

<sup>21</sup> Vid. STC 44/2014, de 7 de abril (BOE núm. 111 de 7 de mayo de 2014), STS de 24 de octubre de 2012 (Roj 7240/2012).

<sup>22</sup> Artículos 73 y ss del Código Civil.

Asimismo, el supérstite que estuvo anteriormente unido maritalmente a otra persona, para poder acceder a la pensión de viudedad de su pareja de hecho, es necesario que aporte en el momento de su solicitud, el certificado de defunción o la declaración de fallecimiento, o en su caso, la sentencia firme de nulidad del matrimonio o divorcio.

Es necesario remarcar que la sentencia tiene que ser firme, no basta con que a la fecha del fallecimiento estuviera presentada la demanda de divorcio.<sup>24</sup>

La separación, tanto judicial como *de facto*, no disuelve el vínculo matrimonial; por lo tanto, a los efectos de la pensión de viudedad, las personas separadas no pueden constituir pareja de hecho.

Este requisito de no mantener vínculo matrimonial con otra persona, fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad<sup>25</sup>, ya que se ponía en duda su constitucionalidad en relación con el artículo 14 de la Constitución, al dar distinto tratamiento a unas parejas de hecho, aquellas que no mantienen vínculos matrimoniales anteriores y que sí tendrían acceso a la pensión de viudedad de su pareja, y aquellas otras en que alguno de sus miembros mantiene el vínculo matrimonial con otra persona y no tendrían acceso a la pensión de viudedad causada por su pareja.

Esta cuestión fue rechazada mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2014, de 7 de abril (BOE núm. 111 de 7 de mayo de 2014), al considerar que se trata *« de una opción del legislador legítima desde el punto de vista constitucional, por cuanto responde a una justificación objetiva y razonable tal cual es proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y coordinar internamente el sistema de la seguridad social, evitando la concurrencia de títulos de reclamación que den lugar a un doble devengo de pensión de personas distintas debido a la no extinción del vínculo matrimonial»*.

---

<sup>23</sup> Artículo 85 del Código Civil.

<sup>24</sup> STSJ de las Islas Canarias 1079/2013, de 28 de junio (Roj 2289/2013). En este supuesto, la pareja de hecho llevaba conviviendo desde 1996. El miembro fallecido estaba separado judicialmente desde 1985. En el 2007 los Juzgados admitieron a trámite la demanda de divorcio pero en el 2009 aquél falleció. El TSJ rechazó la pretensión de la antigua pareja de hecho, al considerar que a la fecha del fallecimiento el vínculo matrimonial subsistía.

<sup>25</sup> Cuestión nº 5800/2011, promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Por lo tanto, las personas separadas no podrán acceder a la pensión de su pareja de hecho, pero sí podrán disfrutar de la pensión de viudedad generada por su excónyuge, al no haber roto su vínculo matrimonial. Se aplica en estos casos el párrafo 1 del artículo 220 de la Ley General de la Seguridad Social: *«En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, concurriendo los requisitos en cada caso exigidos en el artículo 219, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el artículo siguiente.»*

Por consecuencia de la última frase del párrafo anteriormente transcrito, se entiende que la convivencia como pareja de hecho no extingue la pensión de viudedad causada por el excónyuge si no se cumplen todos los requisitos exigidos por el artículo 221.

Es necesario señalar que hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2010, de 27 de abril (BOE núm. 129 de 27 de mayo de 2010), las personas con nulidad matrimonial, separadas o divorciadas, perdían el derecho a la pensión de viudedad causada por su cónyuge o excónyuge por el mero hecho de convivir maritalmente con otra persona.

Ello ocurría porque la redacción del por entonces vigente artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, extendía a sus efectos, lo previsto en el artículo 101 del Código Civil.

Este artículo trata de las causas de extinción de la pensión civil compensatoria, entre las cuales se encuentra la de vivir maritalmente con otra persona.<sup>26</sup>

Es curioso que dicha causa de extinción no se aplicaba si no había existido previa anulación, separación o divorcio.

El Tribunal Constitucional declaró nulo el artículo 174.3 por su referencia a la concreta causa de extinción de la pensión de viudedad, basada en el artículo 101 del Código Civil, por considerar que iba en contra del artículo 14 de la Constitución al vulnerar la prohibición de discriminación en función de *«cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*.

---

<sup>26</sup> Sobre la vida marital como causa de extinción de la pensión compensatoria en el seno del artículo 101.1 in fine Código Civil, vid. la monografía de GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, *“La vida marital del perceptor de la pensión compensatoria”*. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

Todo lo expuesto conduce a que la constitución como pareja de hecho de conformidad con el artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social, por parte de quienes no poseen un vínculo conyugal con un tercero, extinguirá el derecho a la pensión de viudedad causada por el cónyuge y permitirá el acceso a la pensión de viudedad causada por la pareja de hecho.

Así como el precepto exige la inexistencia de vínculo matrimonial, no alude para nada a la posibilidad de estar ligado ya como pareja de hecho a un tercero. Sin embargo, podemos entender que tácitamente el artículo requiere que tampoco estén ligados como pareja de hecho con un tercero. Esto es así porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>27</sup> ha acuñado el término como «*requisito antibigamia*», para referirse a no mantener vínculo matrimonial con otra persona y cabría, pues, extender sus efectos a este otro supuesto.

Otro factor que apuntala esta extensión es que el apartado 1 del artículo 220 de la Ley General de la Seguridad Social, señala que el derecho a la pensión de viudedad se extinguirá si el beneficiario constituye una pareja de hecho en los términos regulados en el artículo 221, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente.<sup>28</sup>

Una cuestión más a tener en cuenta es que en el caso de las parejas de hecho, una vez que se disuelve la misma, ambos miembros pierden el posible derecho de acceder a la pensión de viudedad que pudiese causar el otro.

En el supuesto tanto de divorcio como de separación, el supérstite accede a la pensión causada por su excónyuge, bien como único beneficiario o bien en concurrencia con otros, como podría ser el caso de concurrir con el que fuera pareja de hecho en el momento del fallecimiento.

En consecuencia, en este supuesto de disolución el matrimonio se encuentra más protegido en cuanto a la percepción de una pensión de viudedad.

---

<sup>27</sup> STS de 24 de octubre de 2012 (Roj 7240/2012).

<sup>28</sup> El artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, en la redacción dada por el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, permite conservar la pensión de viudedad aunque se contraiga nuevo matrimonio o se constituya una nueva pareja de hecho con los requisitos previstos en el entonces vigente artículo 174.3 LGSS, en caso de que se cumplan determinados requisitos relacionados con la edad y escasez de ingresos.

Una vez analizados con detalle los requisitos de no hallarse impedido para contraer matrimonio y de no tener un vínculo conyugal con un tercero, surge la pregunta de durante cuánto tiempo tienen que cumplirse los mismos. En concreto, se suscita la duda de si es necesario que se cumplan durante los cinco años de convivencia inmediatamente anteriores al fallecimiento exigido por la ley para reconocer la pensión.

Esta cuestión ha sido objeto de numerosa jurisprudencia interpretando este requisito de temporalidad al no aparecer de manera clara explicitado en la ley.

Un sector de la doctrina jurisprudencial<sup>29</sup> defendía que dicho requisito se debía haber cumplido durante los cinco años de convivencia estable y notoria exigidos por la ley, inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 365/2011, de 28 de noviembre (Roj 375/2011) explica que la pareja de hecho es una realidad convivencial extramatrimonial, definida porque sus integrantes no forman un vínculo matrimonial sino una realidad análoga a la que la Ley da una cierta trascendencia e inviste de efectos. Continúa defendiendo que es necesario que dichos requisitos se cumplan íntegramente durante los cinco años de convivencia anteriores al hecho causante:

*« 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 el que, en su caso, recaerán los cómputos de plazo o las obligaciones formales de acreditación».*

No obstante, el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de octubre de 2012 (Roj 7240/2012) resolviendo un recurso de casación para la unificación de doctrina<sup>30</sup>, sentó la interpretación definitiva sobre este requisito de no hallarse impedido para contraer matrimonio ni de estar ligado con vínculo matrimonial a un tercero, en su vertiente temporal en base a la legislación vigente en el momento<sup>31</sup>:

---

<sup>29</sup> Vid. por ejemplo la STSJ de Castilla- La Mancha 900/2012, de 24 de julio (Roj 2066/2012) y la STSJ de Galicia 3314/2012, de 5 de junio (Roj 5172/2012).

<sup>30</sup> Pretendía unificar la doctrina expuesta por la sentencia ya citada de 28 de noviembre de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Roj 375/2011) y la sentencia de contraste del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 9 de junio de 2010 (Roj 3582/2010).

<sup>31</sup> El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

*« La solución en orden a que no es exigible que durante los cinco años anteriores al hecho causante, además de la convivencia de hecho, los convivientes hubiesen podido contraer matrimonio en cualquier momento por no existir otro vínculo matrimonial, la han fundado nuestras sentencias en los dos argumentos siguientes».*

*«El primero es el de la literalidad del precepto en cuestión.... El artículo 174.3, párrafo cuarto, primer inciso, se ocupa de decir cuando,..., "se considerará" que hay pareja de hecho y va desgranando una serie de requisitos: el primero de ellos... 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 deben tenerse en el momento en que se pretenda constituir la pareja de hecho, no antes».*

*«Pero, a partir de ahí, el legislador ha exigido un requisito más..., 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"».*

A modo de síntesis, esta sentencia del Tribunal Supremo vino a declarar que la necesaria acreditación de convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, no es un requisito constitutivo de la pareja de hecho, sino un período de carencia en su más estricto sentido. En consecuencia, no es exigible que la falta de impedimentos y la ausencia de vínculo conyugal con un tercero se manifiesten durante los cinco años de convivencia, sino que sólo debe cumplirse en el momento de constituirse formalmente la pareja de hecho.

A raíz de esta sentencia el Instituto Nacional de la Seguridad Social exige que estos requisitos concurren a partir de la constitución de la pareja, a través del Registro pertinente o de documento público y por tanto, al menos durante los dos años anteriores al fallecimiento.

## **2.2 El requisito de constitución legal como pareja de hecho.**

Este requisito establece la necesaria verificación de que la pareja se haya constituido como tal legalmente ante derecho. Esto no difiere mucho de lo exigido a los matrimonios, que también tienen que probar su existencia formal con la inscripción en el Registro Civil correspondiente.

Citando jurisprudencia que apoya esta exigencia comparándola a la exigida a los matrimonios cabe recordar que *«Si por regla general se exige formalmente el vínculo matrimonial en el modo descrito, es lógico que en los supuestos ampliados por la estudiada reforma<sup>32</sup> se exija también algún requisito formal»*.<sup>33</sup>

Es decir, en el matrimonio, el consentimiento es parte fundamental del mismo y tiene que constar de manera pública e indubitada<sup>34</sup>. Por lo tanto, en las parejas de hecho también se exige probar la existencia y el consentimiento de las partes para constituirse como tal.

Para acreditar esta situación, como bien explica el artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social en idénticos términos que el primitivo artículo 174.3, se tiene que presentar un certificado de inscripción en alguno de los Registros existentes en la Comunidad Autónoma o Ayuntamiento del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja.

---

<sup>32</sup> Se refiere a la reforma operada por la Ley 40/2007.

<sup>33</sup> STSJ de Extremadura 421/2011, de 27 de septiembre (Roj 1404/2011).

<sup>34</sup> STS de 3 de mayo de 2007 (Roj 3903/2007) « Es sabido que aunque el matrimonio es consensual, la forma del consentimiento es esencial al mismo, ya que la existencia de que este consentimiento conste de modo indubitado y público lo requiere la trascendencia que el matrimonio tiene para los contrayentes, su posible descendencia y la sociedad toda. Por ello se dan facilidades para que la forma del consentimiento sea cumplida, permitiendo la forma religiosa o a la civil, y dentro de esta son varios los funcionarios que pueden autorizarlo ».

La nota a tener en cuenta, en este caso, es que el legislador exige el transcurso de un período de tiempo concreto desde la inscripción en el Registro o desde la formalización del documento público, para poder acceder a la pensión. *«Deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante»*.

Esto quiere decir que si la pareja de hecho no lleva como mínimo dos años formalmente constituida a través de alguno de esos dos medios, no podrá acceder a la pensión de viudedad.

Esta exigencia del transcurso de un período de tiempo concreto no se exige en el caso del matrimonio. Sólo en el caso del fallecimiento de uno de los cónyuges por enfermedad común contraída antes del matrimonio, se exige que hubiese transcurrido un año desde la celebración.

Este requerimiento del transcurso de dos años desde la constitución de la pareja de hecho hasta la fecha del fallecimiento del causante tiene como claro objetivo poner coto a posibles fraudes de ley y eventuales abusos de derecho. Esto es, trata de evitar la constitución de la pareja de hecho con la sola idea de percibir la pensión de viudedad y por lo tanto, de ser pareja de conveniencia.<sup>35</sup>

Es decir, se trata de una cláusula antifraude, de tal forma que se considera implícitamente que media fraude o no se acredita una voluntad real de convivencia cuando no ha transcurrido el citado plazo.<sup>36</sup>

Hay una parte de la doctrina que considera que tanto el requisito de demostrar un período de convivencia de al menos cinco años y el requisito de probar que la pareja lleva formalmente constituida al menos dos años, están justificados ya que persiguen fines diferentes.<sup>37</sup>

Es decir, que el requisito de la convivencia previa sólo acredita una convivencia en común de dos personas en un mismo domicilio, no acredita la voluntad de tener una relación de afectividad análoga a la conyugal.

---

<sup>35</sup> STSJ Cataluña 4647/2011, de 4 de julio (Roj 8253/2011).

<sup>36</sup> STSJ Murcia 438/2010, de 7 de junio (Roj 1326/2010).

<sup>37</sup> Desdentado Daroca, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis* Bomarzo, 2009, 125.

Esto último se demuestra con la inscripción en el registro pertinente o con la constitución de documento público. Son dos requisitos simultáneamente requeridos que se prueban con diferentes medios, no es una exigencia probatoria duplicada sobre una misma cuestión.

A este respecto, algunas resoluciones judiciales se han mostrado bastante flexibles acerca de la necesidad de la inscripción oficial, ya que consideran que lo importante es la existencia real de la pareja y no la forma en sí de acreditar su constitución, por lo que su inscripción tiene un simple valor *ad probationem* y no constitutivo. Como tal aparece señalado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5148/2011, de 18 de julio (Roj 8177/2010): *«la inscripción en los registros de la correspondiente Comunidad Autónoma no es un requisito ad solemnitatem, sino que puede ser acreditado mediante cualquier prueba hábil y pertinente en derecho, tal como ha acontecido en el caso presente»*.

Es decir, el mencionado sector jurisprudencial entiende que se puede probar la realidad de la unión estable de la pareja de hecho a través de otros medios no previstos por el legislador, como podría ser la firma ante notario de un contrato de compraventa de la vivienda familiar<sup>38</sup>, o la aportación de la cartilla de la Seguridad Social donde aparece la viuda incluida a los efectos de asistencia sanitaria<sup>39</sup>.

Por lo tanto, para este sector, el derecho a la pensión de viudedad radica en la existencia de la pareja de hecho, no en la inscripción de ésta como tal ni en el otorgamiento de documento público donde se formalice la situación.

---

<sup>38</sup> En este sentido cabe citar la STSJ de las Islas Baleares 69/2010, de 3 de marzo (Roj 305/2010) donde se 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, como de hecho aquí ocurre, pues al nacimiento de un hijo común en el año 94 se une la suscripción en el año 2005 de contrato de compraventa autorizado ante notario de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal. De hecho, estamos ante un documento público asimilable al que podría haberse otorgado para constituirse formalmente en pareja de hecho»*.

<sup>39</sup> La STSJ de Andalucía 937/2011, de 13 de abril (Roj 274/2011) considera que la cartilla de la Seguridad Social en la que aparece la inclusión de la viuda también es un documento justificativo de la constitución de la pareja de hecho. *«Guillermo y Águeda habían manifestado ante una entidad y registro público (el de las Entidades Gestoras) su deseo de constituirse en pareja de hecho mediante la admitida inclusión de la misma como "esposa" a los efectos de asistencia sanitaria, cumpliéndose también el requisito de ser un "documento público" fechado con una antelación mínima de dos años antes del fallecimiento del causante»*.

Así lo ha defendido también el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de mayo de 2010 (Roj 4445/2010) al considerar que *«la pareja de hecho consiste, precisamente, en la convivencia more uxorio, la cual puede probarse de muchas maneras»*.

Sin embargo, es necesario señalar la importancia de que la jurisprudencia más reciente ha cambiado de parecer, y considera que el requisito de formalización es constitutivo<sup>40</sup> y no susceptible de sustitución por otros medios de prueba, ya que el legislador ha querido, mediante la literalidad del artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social, que la constitución de la pareja figure en un registro o en un documento público equivalente al acta de constitución de la pareja.

En este sentido, el Tribunal Supremo<sup>41</sup> considera que los requisitos de constitución formal y de convivencia notoria son distintos y deben concurrir ambos para poder acceder a la pensión de viudedad. Asimismo, los medios de acreditación de uno y otro son diferentes, no pudiéndose aceptar otros que los contenidos en el artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social: esto es, inscripción en el registro correspondiente o formalización de documento público con la constitución de la pareja de hecho.

Por su parte, el propio Tribunal Constitucional ha declarado que no considera la exigencia de este requisito como exorbitante, entendiendo que su exigencia no vulnera el principio de igualdad.<sup>42</sup>

En esta línea, una vez que ha quedado clara la forma de constituir legalmente pareja de hecho a los efectos de la pensión de viudedad, la doctrina jurisprudencial ha tenido que pronunciarse acerca de qué se considera como documento público.

Nuestra jurisprudencia<sup>43</sup> ha negado que el libro de familia sirva como prueba de la constitución formal de la pareja por cuanto no es ninguno de los medios previstos en el artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social, y también va en contra de la función y finalidad del mismo, ya que está previsto primordialmente para acreditar la filiación, según el artículo 36 del aún vigente Reglamento del Registro Civil.<sup>44</sup>

---

<sup>40</sup> STS de 9 de octubre de 2012 (Roj 6982/2012) *« la "existencia de pareja de hecho" debe acreditarse, de acuerdo con el repetidamente citado artículo 174.3 LGSS, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas »*.

<sup>41</sup> STS de 30 de mayo de 2012 (Roj 4362/2012).

<sup>42</sup> STC 51/2014, de 7 de abril (BOE núm. 111 de 7 de mayo de 2014).

<sup>43</sup> STS de 13 de febrero de 2014 (Roj 748/2014).

Tampoco se acepta como documento público, a los efectos de la pensión de viudedad, el testamento ante notario que nombra heredero a la persona con la que se convive o que la reconoce en el mismo como su pareja de hecho, ya que para la constitución de la pareja de hecho se necesita el consentimiento de ambas partes.<sup>45</sup>

Otro de los casos no admitidos como documento público es el certificado expedido por el ayuntamiento del lugar de residencia de la pareja<sup>46</sup>, así como la escritura de compraventa ante notario.<sup>47</sup>

También ha sido rechazada por la doctrina judicial la consideración como documento público, de la resolución dictada por el INSS en la que reconocía como cónyuges a una pareja, dado que no es el organismo competente para dicho reconocimiento.<sup>48</sup>

En definitiva, en palabras de nuestros tribunales, *«la norma transcrita establece el requisito de que haya existido previa pareja de hecho que sólo determina efectos de pensión de viudedad cuando su existencia se acredita en una de las dos formas que la ley exige. Los términos del precepto son terminantes en su claridad, y no cabe arbitrio judicial alguno sobre la forma de acreditarla»*.<sup>49</sup>

Sin embargo, importa ahora destacar que, incluso en el seno del propio Tribunal Supremo, hay opiniones discordantes con lo establecido por la Sala de lo Social respecto a estos requisitos para acceder a la pensión de viudedad.

---

<sup>44</sup> Según la STS de 3 mayo de 2011 (Roj 3990/2011) *«no puede resultar en ningún caso acreditativo en este supuesto de otra cosa que no sea la filiación, pero en absoluto de la existencia de una relación de hecho de una pareja, cuestión totalmente ajena a la finalidad y función legal del Registro Civil»*.

<sup>45</sup> Así lo afirma la STS de 26 de noviembre de 2012 (Roj 8405/2012) en la que puede leerse que *«el testamento nombrando heredera a la persona con la que se convive no es equiparable al documento público en que conste la constitución de la pareja de hecho a que se refiere la Ley, pues una cosa es nombrar heredero y otra distinta constituir una pareja de hecho, acto que necesita la intervención de los dos integrantes de la pareja»*.

<sup>46</sup> En este sentido se pronuncia la STSJ de País Vasco de 22 de diciembre de 2009 (Roj 3309/2009) *«el certificado emitido por Ayuntamiento no resulta suficiente para la acreditación del requisito de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia, ni supone documento público en el que conste la constitución de dicha pareja»*.

<sup>47</sup> Así lo entiende la STSJ de Andalucía 380/2014, de 19 de febrero (Roj 1526/2014) *«no cabe invocar como hace la recurrente, una escritura de compraventa, donde el notario expide el documento a los fines del negocio jurídico que se instrumentaliza mediante aquel documento, pero no para otro fin»*.

<sup>48</sup> Vid. la STSJ de Andalucía 380/2014, de 19 de febrero (Roj 1526/2014), dice la sentencia: *«El propio INSS considera a Doña María Teresa Gómez Peinado como beneficiaria de una pensión de Jubilación procedente de Incapacidad permanente absoluta, en la cuantía mínima correspondiente a contar con cónyuge no a cargo»* A lo que ella misma responde *«Y si lo pretendido es acreditar que a la actora le había sido reconocido cónyuge por el INSS, igualmente resulta intrascendente, dado que no es el organismo competente, para el reconocimiento de las parejas de hecho»*.

<sup>49</sup> Vid. la STSJ de Asturias 2717/2012, de 26 de octubre (Roj 4022/2012).

Citando el Voto Particular del Magistrado Manuel Ramón Alarcón Caracuel a la Sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de la doctrina<sup>50</sup>, la existencia de la pareja de hecho a estos efectos, se podría acreditar 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, realizada al menos con dos años de antelación al fallecimiento.

Es decir, para este magistrado estos dos requisitos son alternativos y no acumulativos.

Para finalizar este apartado hay que hacer mención de la flexibilización que se hizo de estos requisitos, en aras de los fallecimientos de las parejas de hecho que hubieran acaecido antes del 1 de enero de 2008, fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007.

Para estos supuestos no se exige el transcurso de los dos años mínimos desde su formalización, si no que basta con acreditar la constancia de la inscripción pública con una diligencia adecuada.<sup>51</sup>

Ello tiene su razón de ser en que no se puede *«exigir a los asegurados el cumplimiento de requisitos formales que no podía conocer con anterioridad a su publicación, puesto que fueron implantados por una ley posterior al hecho causante de la prestación solicitada»*<sup>52</sup>

Siguiendo la misma lógica, tampoco se ha exigido el cumplimiento del período de dos años hasta que no hubo pasado el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la norma.<sup>53</sup> A partir de ese momento, es decir, desde el 1 de enero de 2010, se ha demandado el requisito de forma plena.

---

<sup>50</sup> STS de 24 de mayo de 2012 (Roj 5960/2012).

<sup>51</sup> STS de 24 de mayo de 2012 (Roj 5960/2012).

<sup>52</sup> STS de 6 de noviembre de 2012 (Roj 8629/2012).

<sup>53</sup> Circular del INSS 30/1994 (modificada en fecha 7 de septiembre de 2012).

### 2.3 El requisito de convivencia estable y notoria.

El artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social exige, además de los requisitos anteriormente analizados, el de haber tenido una convivencia estable y notoria durante al menos los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. En el caso de las parejas que fallecieron antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, se demanda una convivencia de al menos seis años.<sup>54</sup>

Este requisito temporal tiene como finalidad evitar que puedan acceder a la prestación las relaciones esporádicas.

El inicio del cómputo de tiempo de cinco años comenzará desde el mismo momento de la muerte del causante hacia atrás.<sup>55</sup>

Esta convivencia, además de notoria y pública, tiene que ser estable e ininterrumpida<sup>56</sup>, si bien es posible que se interrumpa por causas coyunturales o no imputables a la voluntad de los miembros de la pareja, como por razones laborales, familiares u de otra naturaleza que no afecten a la estabilidad ni a la afectividad. En esta línea, por ejemplo, el INSS ha admitido que la convivencia no se ha interrumpido en el supuesto de internamiento de uno de los convivientes en prisión.<sup>57</sup>

Hay que tener en cuenta que si, en el momento del fallecimiento, la pareja había terminado su relación, el supérstite no tendrá derecho a la pensión, aunque cumpliera con el resto de los requisitos. Esto sucede al contrario que en los matrimonios, en los que sí se reconoce pensión a los excónyuges.

La Ley menciona expresamente que la acreditación de la convivencia se hará mediante el certificado de empadronamiento. La cuestión de si sólo se puede admitir este medio de prueba para acreditar la convivencia ha generado numerosos debates y la creación de abundante jurisprudencia.

---

<sup>54</sup> Disposición Adicional 3ª de la Ley 40/2007.

<sup>55</sup> STSJ de Madrid 697/2012, de 22 de octubre (Roj 13849/2012).

<sup>56</sup> Auto del TS de 29 de enero de 2014 (recurso 1436/2013).

<sup>57</sup> Siempre que se den ciertas notas: que el internado vuelva al domicilio común en los permisos, que continúe la comunicación entre ellos y que el otro conviviente sea designado a los efectos de conocer el fallecimiento del otro. Circular del INSS 30/1994 (modificada en fecha 11 de abril de 2008).

En un principio, el INSS entendió que a tenor de la interpretación literal del precepto, sólo era admisible el certificado de empadronamiento. Esta postura también fue apoyada por parte de la jurisprudencia<sup>58</sup>, al entender que el legislador había establecido el carácter exclusivo y excluyente de dicho medio.

Esta posición más restrictiva sostiene que el certificado es un requisito constitutivo del derecho reclamado por el solicitante, sin que pueda sustituirse por otros medios de prueba. Se señala que el registro del padrón municipal es obligatorio para todo ciudadano y que a través de él queda constancia del domicilio habitual común de la pareja y por ello puede hablarse de que 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.<sup>59</sup>

También se pone de manifiesto que *« de la literalidad del precepto que se invoca, 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 »*.<sup>60</sup>

El problema que se plantea con este requisito es que se puedan dar situaciones en las que ese certificado no sirva para acreditar una convivencia real, como pueda darse en el caso de una pareja que esté empadronada en domicilios distintos, o que el empadronamiento en el mismo lugar encubra una convivencia falsa.

Todo esto ha llevado a que el Tribunal Supremo haya flexibilizado la exigencia del empadronamiento como único medio de prueba de la convivencia. En su sentencia de 25 de mayo de 2010 (Roj 4445/2010), señala que la interpretación más acorde con el principio de igualdad y de evolución normativa sería considerar el empadronamiento como un medio probatorio más. Defiende que el certificado de empadronamiento refleja un hecho cambiante y aleatorio como es la vecindad, que por muchas razones, entre otras de trabajo, puede ser diferente para los miembros de la pareja sin que ello signifique nada respecto a la existencia del vínculo en cuestión.

---

<sup>58</sup> STSJ de Madrid 849/2009, de 26 de noviembre (Roj 13397/2012).

<sup>59</sup> STSJ de Madrid 305/2009, de 17 abril (Roj 2903/2009).

<sup>60</sup> STSJ de Cantabria 528/2009, de 22 de junio (Roj 881/2009).

Continúa el Tribunal Supremo afirmando que la convivencia *more uxorio* se puede probar de distintas formas y que incluso es compatible con una convivencia separada.

Es decir, que *«la persistencia de la pareja de hecho durante los cinco años -o seis- del período de carencia se podrá, a su vez, acreditar mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho, especialmente de carácter documental, que tenga fuerza suficiente para llevar a la Entidad Gestora o, en su caso, al juzgador a la convicción del cumplimiento de ese requisito, y no exclusivamente mediante el certificado de empadronamiento en el mismo domicilio de los componentes de la pareja. »*.

Asimismo, esta interpretación más flexible ha supuesto una ventaja para el INSS a la hora de poder rechazar una petición de pensión de viudedad.

Esto es así ya que una persona puede estar empadronada en un municipio y residir en otro, y si el certificado de empadronamiento tuviese valor *ad solemnitatem* y funcionase como presunción *iuris et de iure*, se podrían amparar situaciones fraudulentas difícilmente destruibles con prueba en contrario.<sup>61</sup>

Tal y como dice la STSJ de Castilla y León 541/2009, de 22 de abril (Roj 1960/2009) *«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 »*.

De esta forma, el certificado de empadronamiento es un medio de prueba privilegiado, pero constituye una presunción *iuris tantum*, permitiéndose la destrucción de la misma.

En esta línea, la doctrina judicial<sup>62</sup> señala que en los supuestos en los que haya indicios o elementos de prueba contradictorios con el domicilio habitual del interesado, se puede acudir a otros elementos probatorios tales como informes policiales, testificales y otros documentos valorables por el juez.

---

<sup>61</sup> STSJ de Navarra 194/2009, de 28 de julio (Roj 570/2009).

<sup>62</sup> STSJ de Castilla –La Mancha 1213/2009, de 9 de julio (Roj 2892/2009) según esta sentencia *«el 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 acudirse 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»*.

Como fruto de esta flexibilización del requisito de empadronamiento, se admiten otros medios de prueba de la convivencia tales como un contrato de compraventa autorizado ante notario de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal<sup>63</sup>; una cartilla bancaria conjunta en la cual la pareja domiciliaba los gastos comunes de la vivienda familiar y abonaba una póliza de préstamo común<sup>64</sup> e incluso se otorga valor probatorio a los contratos de alquiler de vivienda<sup>65</sup>.

### 3. Carencia de rentas.

Junto con los anteriores requisitos relativos a la correcta identificación de la pareja de hecho, el artículo 221 de la Ley General de la Seguridad Social, expresa que para poder acceder a la prestación es necesario cumplir con otros requisitos de tipo económico. Esta es otra de las grandes diferencias con respecto al matrimonio, en el cual basta con que el causante cumpla con unas condiciones de contributividad exigidas por la norma para que el cónyuge superviviente pueda acceder a la pensión sin tener en cuenta sus propias rentas.

Es decir, en un principio no se considera la pensión de viudedad como una protección de los estados de necesidad ya que se reconoce a los cónyuges sin tener en cuenta sus rentas.<sup>66</sup> Se puede decir que la pensión tiene una función resarcitoria del daño que produce la muerte del causante dado que el supersite es privado de parte de los ingresos que compartía con el fallecido.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> STSJ de las Islas Baleares 52/2010, de 18 de febrero (Roj 190/2010) « *En este caso la prueba testifical y la existencia de una cartilla conjunta del causante y la actora en Caja Madrid, donde domiciliaban sus recibos del uso de la vivienda y gastos de teléfono, cargaban las comprar de la tarjeta de crédito, consta igualmente suscrita de forma conjunta en el año 1991 una póliza de préstamo en Caja Madrid, domiciliando en la citada c/c los recibos de préstamo, (...)son todos ellos datos relevantes, unidos al nacimiento del hijo en común, que ponen de manifiesto esa conducta mantenida en el tiempo reveladora de la continuidad de la convivencia.* ».

<sup>64</sup> STSJ de Madrid 833/2009, de 30 de septiembre (Roj 12255/2009).

<sup>65</sup> Así lo reconoce la STSJ de Cataluña 4257/2011, de 14 de junio (Roj 6555/2011), según la cual « *En el presente caso la prueba de la convivencia, al menos desde julio de 2003, ha quedado acreditada, según se recoge en el fundamento de derecho 1º de la sentencia de instancia, por la escritura de testamento de 3.7.2003 y 3.1.2007, por las escrituras de compraventa de 3.1.22004 y 15.3.2007, por los contratos de alquiler de vivienda de 1.7.2007 y 1.7.2008, por el ejemplar del certificado de defunción con la nota marginal aportado a los autos, por el certificado del padrón municipal y del libro de familia que constan en el expediente administrativo.* ».

<sup>66</sup> STC 77/1991, de 11 de abril (BOE núm. 115 de 14 de mayo de 1991).

<sup>67</sup> STC 184/1990, de 15 de noviembre (BOE núm. 289 de 3 de diciembre de 1990) « *La pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica (como antes ocurría en caso del viudo), asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a 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 muerte de uno de los cónyuges».*

Sin embargo esta consideración se rompe en cuanto esta pensión tiene como protagonistas a las parejas de hecho ya que a éstas si se les exige la prueba de la falta de rentas para lucrar este beneficio.

Esto puede verse como un adelanto de un futuro cambio del modelo de pensiones y volver a considerar la viudedad como una pensión sustitutoria de rentas, en vez de indemnizar un mero daño moral o afectivo.<sup>68</sup>

Con todo esto, la jurisprudencia ha considerado que esta desigualdad en el trato no debe considerarse como inconstitucional, dado que entiende justificada la distinta exigencia de requisitos porque los ciudadanos son libres de elegir una u otra forma de convivencia que no generan las mismas obligaciones y por tanto no pueden generar los mismos derechos.<sup>69</sup>

También porque la Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél.<sup>70</sup>

Vamos a analizar ahora los concretos requisitos económicos que la norma pide. El legislador habla de dos requisitos pero no es necesario cumplir con ambos, con alcanzar uno de ellos es suficiente.

---

<sup>68</sup> Como explica la STSJ de Canarias 628/2010, de 28 de junio (Roj 2779/2010) « Siguiéndose aquí la tendencia actual hacia la función de suplencia de rentas de esta prestación (...) este régimen se acerca a la actual tendencia de 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 afectivo ».

<sup>69</sup> STSJ de Cataluña 2324/2013, de 27 de marzo (Roj 3786/2013). « esta sala no considera que ese precepto legal pueda ser inconstitucional por cuanto es reiterada la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en la que se considera perfectamente justificado el establecimiento de requisitos distintos para el acceso a la pensión de viudedad en el caso de los matrimonios y de las parejas de hecho que conviven maritalmente sin haber contraído matrimonio. Una y otra situación jurídica son bien distintas y diferentes, no generan las mismas obligaciones y tampoco pueden generar por lo tanto los mismos derechos. ».

<sup>70</sup> STC 184/1993, de 31 de mayo (BOE núm. 159 de 5 de julio de 1993).

En primer lugar, habla de la dependencia económica que el supérsite podría tener respecto del causante. Es necesario que el sobreviviente acredite que durante el año natural anterior al fallecimiento del causante sus ingresos no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los ingresos propios y los del causante en ese mismo lapso temporal.

Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

A estos efectos se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

Surge la duda en el caso de que existan hijos con pensión de orfandad pero que éstos no sean comunes a la pareja, sino sólo de uno de los miembros y que convivan con el beneficiario. Parte de la doctrina<sup>71</sup> entiende que se tiene que aplicar de igual manera el porcentaje del 50 por ciento de las rentas, ya que si no estaríamos incurriendo en un trato desigual que discriminaría a los hijos que no fueran comunes y que convivieran con el beneficiario.

La norma habla de que este porcentaje del 50 o en su caso 25 por ciento, tiene que alcanzarse durante el año natural anterior al fallecimiento. Surgen las dudas de si debe entenderse como el período de tiempo que va desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre del ejercicio anterior, o, si se trata del período natural de un año contado hacia atrás desde la fecha del fallecimiento.

Hasta la fecha, tanto la jurisprudencia como el INSS han mantenido que la correcta interpretación es la primera.<sup>72</sup>

Se estimaran los recursos declarados en el IRPF, con independencia de la posible acreditación posterior de las rentas reales.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio. Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿Una equiparación inviable? *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*. 2010, núm. 17/2010, 59-90.

<sup>72</sup> Vid. la STSJ de Andalucía 530/2014, de 20 de febrero (Roj 1024/2014) «ya que aquella expresión es utilizada en derecho, sin duda, para referirse al período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de cada año» y la STSJ de Cataluña 5186/2011, de 19 de julio (Roj 8208/ 2011) « para poder lucrar este tipo de pensión, se deben tener en cuenta los ingresos que la pareja obtuvo en el ejercicio fiscal anterior, que es el que coincide con el año natural ».

<sup>73</sup> La STS de 29 de noviembre de 2000 (Roj 8765/2000), señala que el IRPF del año anterior debe considerarse como una presunción iuris tantum y por tanto puede modificarse con la constatación de los ingresos reales obtenidos en el siguiente año.

Respecto a la variación del porcentaje exigido dependiendo de si existen hijos comunes o no, ha sido criticado por parte de la doctrina<sup>74</sup> ya que entiende que el acceso a la pensión de viudedad no tiene que depender de la existencia de hijos, ya que ese tema está protegido mediante la pensión de orfandad. Así mismo, entienden que este tipo de condición puede discriminar a las parejas de hecho homosexuales, al no poder tener hijos naturales en común y por medio de adopción sólo desde hace unos años.

De forma alternativa, la norma también regula otra opción que es la de poder acceder 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. 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.

Este requisito debe concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción.

De este modo se establece una pequeña diferencia entre los dos requisitos contenidos en la norma.

Si mediante la primera opción de la comparativa entre las rentas del causante y del supérstite, éste último puede acceder a la pensión, el beneficio se mantendrá con independencia de los ingresos futuros del beneficiario. Sin embargo, si el beneficio se lleva a cabo por la carencia de rentas, es necesario que ésta se produzca durante todo el tiempo en que se lucre la pensión.

El legislador no ha especificado que ocurriría en el supuesto caso de que una vez recibiendo la pensión de viudedad por carencia de rentas, se rebasase más del 1,5 del salario mínimo interprofesional. No está claro si el derecho a pensión se extinguiría o sólo se suspendería.

---

<sup>74</sup> BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María. PRESA GARCÍA-LÓPEZ, Raquel. Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. 2014, núm. 168/2014, 1-32.

Sí aplicásemos de manera analógica lo que ocurre cuando se superan los límites económicos establecidos para recibir la pensión de orfandad para mayores de 21 años, estaríamos ante una suspensión de la pensión, que se volvería a recibir cuando no se superasen dichos topes económicos.<sup>75</sup>

En resumen, el primer requisito económico recogido por la norma, pondera los efectos que produce la muerte del causante en el miembro sobreviviente y no tiene en cuenta el posible estado de necesidad real de esa persona, que puede tener unos ingresos propios suficientes, pero que en conjunto con los del causante no llegan al porcentaje establecido por la ley.

El segundo requisito de carencia de rentas, se fija más en la situación concreta de necesidad que pueda tener el sobreviviente al fijar el porcentaje de sus ingresos respecto del salario mínimo profesional y no respecto de los ingresos del causante.

---

<sup>75</sup> El artículo 3 del RD 1465/2001, reconoce «el derecho a la pensión se recuperará (...) cuando los ingresos derivados de una u otra no superen los límites señalados (...)».

#### **IV. Tratamiento de las parejas de hecho homosexuales.**

Con anterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, sólo estaba reconocido el matrimonio entre personas de diferente sexo. Dicha reforma ha permitido el matrimonio homosexual, por lo tanto nada obsta para que las parejas hecho puedan estar formadas por personas del mismo sexo.

El cambio normativo ha suscitado la cuestión de que si habiendo fallecido uno de los miembros de la pareja del mismo sexo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005, el supérstite tendría derecho a acceder a la pensión de viudedad, una vez aprobada esa ley.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 (Roj 3689/2009), resolvió negativamente esta cuestión, haciendo referencia, en primer lugar, a la inexistencia de unas normas transitorias contenidas en la Ley 13/2005, que señalasen como resolver estas situaciones anteriores a la entrada en vigor.<sup>76</sup>

Tampoco se puede aplicar de manera analógica lo contenido en la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 1 de julio, que permitió el acceso a la pensión de viudedad a quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran convivido como tal hasta el fallecimiento de uno de ellos, acaecido antes de la aprobación de esa ley.

La justificación de esta Disposición era la imposibilidad legal de disolver el primer matrimonio para contraer uno nuevo, no siendo ésta la razón por la que se aprobó la Ley 13/2005.

La prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo y, por tanto, el acceso a la pensión de viudedad, que existía antes de la entrada en vigor de dicha ley, no supone una desigualdad de trato contraria al artículo 14 de la Constitución, citando al efecto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su Auto 222/1994, de 11 de junio.<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Como sucedió con la Disposición Adicional 3ª de la Ley 40/2007.

<sup>77</sup> «la exigencia de vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de la seguridad social no pugna con el artículo 14 CE, y tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio»

El Tribunal en su auto explica que *«la unión ente personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento: todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1)»*.

Se apoya en las sentencias caso Res., 17 de octubre de 1986, y caso Coasey, 27 de septiembre de 1990. En estas sentencias, se establecía que el no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, no implica una violación del artículo 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo. Todo depende de la facultad que tienen los Estados contratantes del Convenio, de regular mediante leyes el derecho de casarse.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, viene a instaurar una nueva figura que tiene efectos desde ese momento.<sup>78</sup>

La sentencia 198/2012, de 6 de noviembre del Tribunal Constitucional (BOE núm. 286 de 28 de noviembre de 2012), contiene un voto particular que formulan cuatro magistrados, razonando que procedía el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a las parejas homosexuales, por aplicación del principio de igualdad con independencia del sexo de los contrayentes, sin que ningún obstáculo impidiera aplicar analógicamente la disposición adicional 10ª de la Ley del Divorcio.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 92/2014, de 10 de junio (BOE núm. 162 de 4 de julio de 2014), vuelve a señalar que *«la configuración del matrimonio como unión que sólo cabe entre personas de diferente sexo es una opción del legislador acorde con nuestra Constitución, sin que ello implique, no obstante, que esa sea la única configuración constitucionalmente legítima de la institución»*.

También recuerda que es doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el trato diferenciado dispensado a las relaciones homosexuales entra dentro del legítimo margen de apreciación de cada Estado. Además, incide en que el legislador tiene un amplio margen de apreciación y configuración del régimen de

---

<sup>78</sup> La STC 198/2012, de 6 de noviembre, (BOE núm. 286 de 28 de noviembre de 2012) indica que se trata de una opción *«escogida por el legislador español, en uso de su libertad de configuración de la institución matrimonial»*, *«dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce»*.

prestaciones económicas de la Seguridad Social y por tanto de las situaciones que merecen protección social.

Como resultado, las uniones homosexuales quedaban fuera de la esfera de protección porque la configuración del matrimonio en ese momento, era de tipo tradicional.

## CONCLUSIONES

El aumento en los últimos años de las parejas o uniones de hecho y su aceptación por parte de la sociedad, pone de manifiesto el cambio operado en la tradicional concepción de la familia.

Esta evolución va de la mano del desarrollo de la libertad individual de las personas que se ha venido traduciendo en un, cada vez mayor, reconocimiento jurídico de la familia conformada por la pareja de hecho.

Con todo esto, el sistema de protección social español tiene que adaptarse al nuevo modelo social y garantizar la asistencia y prestaciones sociales necesarias ante las situaciones de necesidad. Como se desprende del artículo 39 de nuestra Constitución, los poderes públicos tienen la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

Con la aprobación en el año 2007 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, se actualizó la legislación social ante esta nueva realidad mediante la inclusión de las parejas de hecho como posibles perceptoras de la pensión de viudedad.

Sin embargo, no se ha equiparado totalmente a los matrimonios en este aspecto, ya que como hemos ido analizando a lo largo de este trabajo, la ley exige unos requisitos específicos que limitan, de cierta forma, el acceso de cualquier pareja de hecho a esta prestación.

Es necesario que reúnan unos requisitos formales y de convivencia, así como un desequilibrio económico o estado de necesidad, los cuales no se exigen en el caso de los matrimonios.

De este modo, se requiere la acreditación no sólo del transcurso de un período de duración de la convivencia notoria, estable e ininterrumpida durante, como mínimo, los cinco años anteriores al hecho causante, sino también la formalización *ad solemnitatem* de la pareja de hecho, a través de la inscripción en el registro específico o documento público.

Sin embargo, el legislador también exige que hayan transcurrido dos años desde la válida formalización de la pareja de hecho (sin perjuicio de que el período de convivencia y el de formalización se puedan solapar, aún siendo requisitos diferentes).

En definitiva, todo esto ha llevado a afirmar que sólo pueden ser titulares de este derecho las « *parejas de derecho* » y no las genuinas parejas de hecho.

Asimismo, como ya hemos visto, la exigencia de una carencia de recursos económicos para poder lucrar esta pensión por parte de las parejas de hecho añade otra diferencia con el caso de los matrimonios.

Esta condición rompe con la tradicional concepción atribuida a la pensión de viudedad como prestación sustitutiva de las rentas perdidas a raíz del fallecimiento del causante, dotándole ahora de un carácter asistencialista inexistente en el caso del matrimonio en el que es suficiente con que el causante haya cumplido con las condiciones de contribución.

Otra diferencia destacable son las consecuencias de la disolución de la pareja de hecho a efectos de esta prestación. Si bien el ex cónyuge puede lucrar la pensión de viudedad siempre que sea acreedor de la pensión compensatoria a la que se refiere el artículo 97 del Código Civil en el momento del hecho causante, en el caso de la pareja de hecho, su disolución impide la posibilidad de obtener una pensión de la ex pareja.

A la vista de todo esto, podemos afirmar que el legislador manifiesta una cierta desconfianza hacia las parejas de hecho al elevar el nivel de exigencia para el reconocimiento del derecho de esta prestación.

## BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. La pensión de viudedad y las parejas de hecho. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. 2015, núm. 9/2015, 1-3.

BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María. PRESA GARCÍA-LÓPEZ, Raquel. Pensión de viudedad para las parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. 2014, núm. 168/2014, 1-32.

DESDENTADO DAROCA, Elena. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: un estudio crítico para una prestación en crisis*. Bomarzo, 2009, 122.

MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente Antonio. Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿Una equiparación inviable? *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*. 2010, núm. 17/2010, 59-90.

MELLA MÉNDEZ, Lourdes. El concepto " pareja de hecho " a efectos de la pensión de viudedad. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. 2012, núm. 9/2012, 195-218.

MORENO SERRANO, Beatriz. Uniones de hecho: ¿Equiparación al matrimonio en el IIVTNU? *La Administración Práctica*. 2013, núm. 1/2013, 1-4, 1.

PANIZO ROBLES, José Antonio. *La igualdad en el acceso a la pensión de viudedad desde la situación de la pareja de hecho: el Tribunal Constitucional corrige al legislador (a propósito de la STC de 11 de marzo de 2014)*. [En línea], [Fecha de consulta: 13 abril 2016]. Disponible en <http://www.laboral-social.com/files-laboral/panizo-robles-parejas-hecho-.pdf>.

PÉREZ UREÑA, Antonio Alberto. *Las parejas de hecho y la pensión de viudedad, a la luz de la reciente praxis judicial*. [En línea], [Fecha de consulta: 10 de abril 2016]. Disponible en [http://www.elderecho.com/tribuna/civil/parejas-pension-viudedad-reciente-judicial\\_11\\_787930001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/civil/parejas-pension-viudedad-reciente-judicial_11_787930001.html).

POQUET CATALÁ, Raquel. El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿una realidad? *Temas laborales*. 2013, núm. 119/2013, 157-188.

POU AMPUERO, Felipe. Constitución de pareja estable y consentimiento. *Revista Jurídica de Navarra*. 2008, núm. 46 Julio-Diciembre 2008, 209-220, ISSN: 0213-5795, 209-217.

RUBIO TORRANO, Enrique. La diferente regulación de la pensión de viudedad en las parejas de hecho y el principio constitucional de igualdad. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. 2014, núm. 3/2014, 1-3.

## **ANEXO JURISPRUDENCIAL**

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(Por orden de citación)

- STC 198/2012, de 6 de noviembre (BOE núm. 286 de 28 de noviembre de 2012).
- STC 38/1991, de 14 de febrero (BOE núm. 66 de 18 de marzo de 1991).
- STC 184/1993, de 31 de mayo (BOE núm. 159 de 5 de julio de 1993).
- STC 40/2014, de 11 de marzo (BOE núm. 87 de 10 de abril de 2014).
- STC 44/2014, de 7 de abril (BOE núm. 111 de 7 de mayo de 2014).
- STC 22/2010, de 27 de abril (BOE núm. 129 de 27 de mayo de 2010).
- STC 51/2014, de 7 de abril (BOE núm. 111 de 7 de mayo de 2014).
- STC 77/1991, de 11 de abril (BOE núm. 115 de 14 de mayo de 1991).
- STC 184/1990, de 15 de noviembre (BOE núm. 289 de 3 de diciembre de 1990).
- STC 92/2014, de 10 de junio (BOE núm. 162 de 4 de julio de 2014).

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

(Por orden de citación)

- STS 469/1992, de 18 de mayo (Roj 3961/1992).
- STS de 20 de julio de 2010 (Roj 4795/2010).
- STS de 24 de octubre de 2012 (Roj 7240/2012).
- STS de 3 de mayo de 2007 (Roj 3903/2007).
- STS de 25 de mayo de 2010 (Roj 4445/2010).
- STS de 9 de octubre de 2012 (Roj 6982/2012).
- STS de 30 de mayo de 2012 (Roj 4362/2012).
- STS de 13 de febrero de 2014 (Roj 748/2014).
- STS de 3 de mayo de 2011 (Roj 3990/2011).
- STS de 26 de noviembre de 2012 (Roj 8405/2012).
- STS de 24 de mayo de 2012 (Roj 5960/2012).
- STS de 6 de noviembre de 2012 (Roj 8629/2012).
- STS de 29 de noviembre de 2000 (Roj 8765/2000).
- STS de 29 de abril de 2009 (Roj 3689/2009).

## SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

(Por orden de citación)

- STSJ de las Islas Canarias 1079/2013, de 28 de junio (Roj 2289/2013).
- STSJ de Navarra 365/2011, de 28 de noviembre (Roj 375/2011).
- STSJ de Castilla- La Mancha 900/2012, de 24 de julio (Roj 2066/2012).
- STSJ de Galicia 3314/2012, de 5 de junio (Roj 5172/2012).
- STSJ de Castilla y León 867/2010, de 9 de junio (Roj 3582/2010).
- STSJ de Extremadura 421/ 2011, de 27 de septiembre (Roj 1404/2011).
- STSJ de Cataluña 4647/2011, de 4 de julio (Roj 8253/2011).
- STSJ de Murcia 438/2010, de 7 de junio (Roj 1326/2010).
- STSJ de Cataluña 5148/2011, de 18 de julio (Roj 8177/2010).
- STSJ de las Islas Baleares 69/2010, de 3 de marzo (Roj 305/2010).
- STSJ de Andalucía 937/2011, de 13 de abril (Roj 274/2011).
- STSJ del País Vasco de 22 de diciembre (Roj 3309/2009).
- STSJ de Andalucía 380/2014, de 19 de febrero (Roj 1526/2014).
- STSJ de Asturias 2717/2012, de 26 de octubre (Roj 4022/2012).
- STSJ de Madrid 697/2012, de 22 de octubre (Roj 13849/2012).
- STSJ de Madrid 849/2009, de 26 de noviembre (Roj 13397/2012).
- STSJ de Madrid 305/2009, de 17 de abril (Roj 2903/2009).
- STSJ de Cantabria 528/2009, de 22 de junio (Roj 881/2009).
- STSJ de Castilla y León 541/2009, de 22 de abril (Roj 1960/2009).
- STSJ de Navarra 194/2009, de 28 de julio (Roj 570/2009).
- STSJ de Castilla- La Mancha 1213/2009, de 9 de julio (Roj 2892/2009).
- STSJ de las Islas Baleares 52/2010, de 18 de febrero (Roj 190/2010).
- STSJ de Madrid 833/2009, de 30 de septiembre (Roj 12255/2009).
- STSJ de Cataluña 4257/2011, de 14 de junio (Roj 6555/2011).
- STSJ de las Islas Canarias 628/2010, de 28 de junio (Roj 2779/2010).
- STSJ de Cataluña 2324/2013, de 27 de marzo (Roj 3786/2013).
- STSJ de Andalucía 530/2014, de 20 de febrero (Roj 1024/2014).
- STSJ de Cataluña 5186/2011, de 19 de julio (Roj 8208/ 2011).