

**SUMARIO:**

1. Planteamiento
2. Regulación legal
3. Requisitos para ser beneficiario de la pensión de viudedad
4. Posibles vulneraciones legales y constitucionales del artículo 221 LGSS
5. Doctrina del Tribunal Supremo sobre el artículo 221 LGSS
6. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 221 LGSS
7. Observaciones a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 221 LGSS
8. Conclusión final

## 1. PLANTEAMIENTO:

En la sociedad actual, tenemos un tipo de familia, cada vez más numerosa, constituida por los progenitores que se unen formando lo que se llama una “**pareja de hecho**” y, en su caso, los hijos nacidos de esa unión.

A día de hoy, esas parejas de hecho se han equiparado legalmente a los matrimonios en muchos ámbitos, si bien aún no hay una equiparación absoluta.

Precisamente uno de los campos en los que se aprecia más la diferencia de tratamiento que se otorga a los matrimonios y a las parejas de hecho es en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social y en particular en la **pensión de viudedad**.

Con respecto a ésta, hemos de señalar que hay **tres tratamientos diferentes** en función de que la persona fallecida estuviera casado o no y si no lo estaba, dependiendo de que estuvieran inscritos como pareja de hecho tiempo antes de que se produzca el fallecimiento de uno de ellos o fuesen pareja de hecho sin inscribir en ningún registro, hasta el punto de que **ante el fallecimiento de uno de los componentes de la pareja, el otro puede encontrarse con la desagradable sorpresa de que la Seguridad Social no le concede el derecho a cobrar la pensión de viudedad**.

## 2. REGULACIÓN LEGAL:

La **regulación de la pensión de viudedad en casos de parejas de hecho** y los requisitos para su concesión se encontraban regulados en el artículo 174.3 de la Ley General de Seguridad Social aprobada por Real Decreto-Legislativo 1/1994 de 20-6-1994, en su redacción dada por Ley 40/2007 de 4-12-2007 y **en la actualidad están regulados en el artículo 221 de la Ley General de Seguridad Social** (en adelante, LGSS), **aprobada por Real Decreto-Legislativo 8/2015 de 30-10-2015**, si bien el tenor literal de ambos preceptos es idéntico y dice lo siguiente:

### **“ARTÍCULO 221. PENSIÓN DE VIUDEDAD DE PAREJAS DE HECHO**

1. *Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el artículo 219, **tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditará que sus***

*ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.*

*No obstante, también se reconocerá derecho a 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, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el periodo de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.*

*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 por mínimos de pensiones establecidos en el artículo 59.*

- 2. A los 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 formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante”.*

**3. REQUISITOS PARA SER BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD:**

Según establece el artículo 219 LGSS, **en el caso de matrimonios**, cuando se produce el fallecimiento de uno de los cónyuges, además de los requisitos de alta y cotización, la Seguridad Social, para conceder el derecho al cobro de la pensión de viudedad pide que se acredite:

1. Que el fallecido se encontraba en **situación de alta o asimilada al alta** en el Sistema de Seguridad Social en el momento de su muerte.
2. **Periodo de cotización** a la Seguridad Social de 500 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión.

En caso de que el fallecido se encontrara en situación de alta o asimilada al alta pero sin obligación de cotizar, ese periodo de cotización de 500 días, debe estar comprendido en los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

No se exige periodo de cotización previo alguno si el fallecimiento es debido a accidente, sea laboral o no, o bien a enfermedad profesional.

En caso de que el fallecido no se encontrase en situación de alta o asimilada al alta, se otorga derecho a pensión al cónyuge superviviente siempre que se pueda acreditar un periodo mínimo de cotización de 15 años.

3. La existencia del matrimonio.
4. La defunción de uno de los cónyuges.
5. Cuando el fallecimiento sea debido a enfermedad común contraída antes de la celebración del matrimonio, se exige que éste se hubiera celebrado, al menos 1 año antes de que se produzca el fallecimiento de uno de los cónyuges, o bien que se pueda acreditar un periodo de convivencia antes de celebrado el matrimonio que, sumado a la duración de éste, supere los 2 años, sin que sea necesario el cumplimiento de uno de esos dos requisitos en el caso de que existan hijos en común.

## “PAREJAS DE HECHO Y PENSIÓN DE VIUDEDAD”: M<sup>a</sup> ELSA GUTIÉRREZ ALBA

Ahora bien, **si la pareja no estaba casada y sólo formaban pareja de hecho, pueden darse dos situaciones** y en cada una de ellas los requisitos son diferentes:

- A) En caso de **pareja inscrita en un Registro de parejas de hecho** (bien autonómico, bien municipal), habrá que acreditar (además de las circunstancias de alta y cotización a la Seguridad Social, en su caso, establecidos en el artículo 219 LGSS), los siguientes requisitos:
- a) la inscripción de la pareja en dicho registro.
  - b) el fallecimiento de uno de los componentes.
  - c) la convivencia ininterrumpida de la pareja durante, al menos, cinco años antes del fallecimiento (certificado de empadronamiento).
  - d) que el superviviente dependía económicamente de su pareja fallecida.

A estos efectos, la Seguridad Social entiende que existe dicha dependencia económica (art. 221 LGSS) cuando los ingresos del superviviente en el año anterior al fallecimiento no superasen el 50% de los que ambos obtenían conjuntamente, o bien el 25%, en caso de que no existan hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

Aunque no se puedan acreditar las anteriores circunstancias, también se concede la pensión de viudedad si los ingresos del superviviente son inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional (S.M.I.) vigente en el momento del hecho causante, incrementando este límite en 0,5 veces la cuantía de dicho S.M.I. por cada hijo común con derecho a pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

- B) En el caso de **pareja de hecho no inscrita en Registro de Parejas de Hecho**, hay que acreditar (además de las circunstancias de alta y cotización a la Seguridad, en su caso, establecidas en el artículo 219 LGSS, los siguientes requisitos:
- 1. Fallecimiento de uno de los componentes de la pareja.

2. Convivencia previa, estable y notaria durante al menos 5 años ininterrumpidos antes del fallecimiento.
3. Dependencia económica del superviviente respecto del fallecido, en los términos expuestos más arriba.
4. Existencia de la pareja de hecho, circunstancia que sólo se permite acreditarla mediante documento público de constitución de la misma (escritura), hasta el punto de que sin cumplir este requisito, la Seguridad Social deniega la pensión de viudedad.

#### **4. POSIBLES VULNERACIONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES DEL ARTÍCULO 221 LGSS.**

El **principio general en el Derecho es el de libertad de prueba**, de forma que es admisible utilizar cualquier medio de prueba válidamente admitido en Derecho para acreditar lo que consideremos.

Sin embargo, en materia de pensión de viudedad, no se admite cualquier medio probatorio para acreditar la existencia de la pareja de hecho sino que única y exclusivamente se admiten dos medios de prueba:

- La inscripción en el registro de parejas de hecho.
- La constitución de la pareja de hecho en documento público.

De forma que si no se acredita la existencia de la pareja de hecho a través de uno de esos dos medios de prueba, para la Seguridad Social es como si dicha pareja de hecho no existiera y deniega la pensión de viudedad y ello a pesar de los años de convivencia juntos que se puedan acreditar y de que existan hijos en común.

**Esa limitación de los medios de prueba para acreditar la existencia de una pareja de hecho vulnera ese principio de libertad de prueba consagrado en nuestro Derecho,** en preceptos como el artículo 87.2 de la Ley de la Jurisdicción Social y el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que remite la anterior, que contempla una lista abierta de medios de prueba, estableciendo una cláusula de cierre que permite utilizar *“cualquier medio lícito que sirva para probar judicialmente los hechos de que se trata aunque no esté expresamente mencionado en dicha ley”*.

El tenor literal de dicho artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice así:

*“Artículo 299.- Medios de prueba.*

1. *Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:*

*1º: Interrogatorio de las partes.*

*2º: Documentos públicos.*

*3º: Documentos privados.*

*4º: Dictamen de peritos.*

*5º: Reconocimiento judicial.*

*6º: Interrogatorio de testigos.*

2. *También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.*

3. *Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias”*

Por otra parte, hacer depender la prueba de la existencia de la pareja de hecho de su constancia en un registro autonómico o municipal de parejas de hecho, hasta el punto de considerar que si no está inscrita en dicho registro, dicha pareja no existe, supone otorgar a esa inscripción

## **“PAREJAS DE HECHO Y PENSIÓN DE VIUEDAD”: M<sup>a</sup> ELSA GUTIÉRREZ ALBA**

efectos constitutivos, no meramente declarativos, que es la consideración que han tenido siempre en nuestro Derecho las inscripciones registrales.

Es decir, el actual artículo 221 LGSS choca tanto con el carácter meramente declarativo que siempre han tenido las inscripciones registrales como con el principio de libertad de prueba, siempre que se trate de medios lícitos y admitidos en Derecho.

Si bien es legítimo y jurídicamente correcto que el legislador establezca cautelas a los efectos de evitar el cobro fraudulento de pensiones de viudedad por parte de personas entre las que realmente no existe un verdadero vínculo similar al de un matrimonio, es decir, una convivencia “more uxorio” o una relación de análoga afectividad a la existente en un matrimonio, ello no puede llevar a una interpretación tan rígida que deniegue sistemáticamente la pensión de viudedad a todas aquellas parejas de hecho que no pueden acreditar su condición de tales mediante una inscripción en un registro de parejas de hecho o bien mediante un documento público en el que conste su constitución (algo muy excepcional, pues es raro ver que las parejas quieran constituirse como tales en escritura) pero que sí pueden acreditar su existencia como parejas de hecho a través de otros medios probatorios válidos y admitidos en Derecho así como un periodo de convivencia superior a los 5 años y la dependencia económica del fallecido para causar derecho a dicha pensión.

Por otra parte, existe obligación, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, de interpretar las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Si analizamos la sociedad actual, podemos constatar que en ella existen:

1. Matrimonios.
2. Parejas de hecho inscritas en los registros autonómicos o municipales de parejas de hecho.
3. Parejas de hecho que conviven, manteniendo una análoga relación de afectividad a la existente entre los matrimonios pero que no están inscritas en ningún registro público, siendo éstas más numerosas que las que están inscritas en los indicados registros, cuya creación es de fecha relativamente reciente.



Si analizamos la legislación autonómica, vemos que, concretamente, en el caso de Andalucía, la Ley de parejas de hecho que crea el registro para su inscripción es de 2.002.

En el caso de Madrid la regulación actual de las parejas de hecho se encuentra en la Ley 11/2001 de 19-12-2001 de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid y en el Decreto 134/2002 de 18-7-2002 que aprueba el Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad.

Antes de este Decreto, existió el Decreto 36/1995 de 20-4-1995 que creó el Registro de Uniones de Hecho en dicha Comunidad, actualmente derogado por el Decreto 134/2002.

Interesa destacar el artículo 5 de dicho Decreto 36/1995 que decía textualmente: “***La inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, tendrá EFECTOS DECLARATIVOS sobre la constitución, modificación y extinción de las uniones de hecho, así como respecto a los contratos reguladores de las relaciones personales y patrimoniales***”.

También merece la pena destacar la Exposición de Motivos de dicho Decreto 36/1995, que decía así:

“El matrimonio es la forma institucionalizada en la que históricamente se ha manifestado la unión afectiva y estable entre el hombre y la mujer.

Sin embargo, en los últimos años se ha delineado un nuevo modelo de familia que ya no está fundado, exclusivamente, en el vínculo matrimonial, sino más bien, en el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados, con la finalidad de llevar a efecto una plena comunidad de vida material y espiritual.

**La función familiar ya no queda vinculada, solamente, a la familia constituida mediante vínculo matrimonial, sino que también corresponde a la familia de hecho,** entendiéndola familia o unión de hecho como “La unión duradera y estable de dos personas, con capacidad suficiente y sin vínculo matrimonial subsistente que, con independencia de su sexo, ausencia de toda formalidad y desarrollando una comunidad de vida, cumplen espontánea y voluntariamente deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos”.

Esta realidad social no puede ser ignorada, sin menoscabo del principio constitucional de igualdad (art. 14 de la Constitución Española), del respeto a la dignidad de la persona, a los derechos inviolables que le son inherentes y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 de la Constitución Española)”.

Es decir, las parejas de hecho unidas por análoga relación de afectividad a la existente en un matrimonio son una realidad social que existía mucho antes de que aparecieran los registros públicos para que se pudieran inscribir y que, después de la aparición de éstos siguen existiendo.

**Esas parejas de hecho no inscritas son una realidad social a la que no podemos dar la espalda ni dejar desamparadas a las familias surgidas de ellas,** pues ello supondría vulneración de algunos artículos consagrados en nuestra Constitución, como el artículo 39 que dice textualmente:

*“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*

*2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.”*

**La denegación de la pensión de viudedad a las parejas de hecho no inscritas ni constituidas en documento público, pero que pueden acreditar que existen como tales a través de otros medios de prueba, vulnera el artículo 39 de nuestra Carta Magna en relación con el artículo 14 de la misma, pues se da un trato discriminatorio a esas familias con respecto a las que se constituyen en el seno de un matrimonio o de una pareja de hecho inscrita,** porque la protección social y económica que se les brinda es diferente en función de esa inscripción o no en el registro y también la que se brinda a los hijos de esas parejas, pues la situación económica de éstos queda mermada seriamente si tienen la desgracia de quedarse huérfanos, al denegar al progenitor sobreviviente el cobro de la pensión de viudedad.

Ello es contrario a la protección de la familia y a la protección integral e igual de los hijos con independencia de su filiación, consagrada en el citado artículo 39 de nuestra Carta Magna y anteriormente invocado porque da lugar a:

- **Familias “de primera”**, que son las constituidas en el seno de un matrimonio y a las que les basta acreditar (al margen de los requisitos de alta en Seguridad Social y periodo de cotización previo, en su caso) el vínculo matrimonial (y en algunos casos un periodo mínimo de duración de éste,) para acceder a la pensión de viudedad.
- **Familias “de segunda”**, que son las constituidas en el seno de las parejas de hecho inscritas en el registro de parejas de hecho y a las que (además de los requisitos de alta y cotización establecidos en el artículo 219 LGSS) acreditando la convivencia mínima de cinco años y la dependencia económica del fallecido, se les concede dicha pensión.
- **Familias “de tercera”**, que son las surgidas en el seno de las parejas de hecho no constituidas en documento público ni inscritas en el registro de parejas de hecho, que pueden acreditar su existencia como tales a través de otros medios probatorios, a las que se les deniega la pensión de viudedad por no poder probar su existencia a través de los medios de prueba expresamente enumerados y tasados en el artículo 221.2 LGSS.

## **5. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ARTÍCULO 221 LGSS.**

Si analizamos la jurisprudencia sobre este tema, encontramos que el **Tribunal Supremo ha mantenido una interpretación muy rigorista y literal del antiguo artículo 174.3 LGSS y del actual artículo 221 LGSS, no admitiendo otros medios de prueba diferentes para acreditar la existencia de la pareja de hecho que no sean su constitución en documento público o un certificado acreditativo de su inscripción como pareja de hecho en los registros de parejas de hecho municipales o autonómicos existentes.**

No admite para acreditarlo ni el testamento designando como heredero a la pareja con la que se convive, a pesar de ser un documento público (STS 26-11-2012) ni la disposición testamentaria en la que se manifiesta el periodo que llevan conviviendo como matrimonio (STS 9-10-2012), ni el Libro de Familia, que considera que sólo acredita la filiación respecto a los hijos pero no la existencia de la pareja como tal (STS 3-5-2011, 23-1-2012, 22-9-2014, 5-11-2014, 22-10-2014).

## “PAREJAS DE HECHO Y PENSIÓN DE VIUDEDAD”: M<sup>a</sup> ELSA GUTIÉRREZ ALBA

Tampoco se admite que se haga mención a la existencia de la pareja de hecho en una escritura pública de compraventa como elemento para acreditar que ésta existe.

La jurisprudencia exige, para la concesión de la pensión de viudedad, además de la dependencia económica, la concurrencia de **dos requisitos**:

- **Uno material**, consistente en la existencia de una convivencia estable e ininterrumpida de al menos 5 años anteriores al fallecimiento, que se acredita con el certificado de empadronamiento.
- **Otro formal**: que es la publicidad de la convivencia “more uxorio” con carácter constitutivo y antelación mínima de 2 años al fallecimiento, que hay que acreditarlo, exclusivamente, como ya hemos dicho, de una de estas dos formas:
  - a) Con un certificado de inscripción en el Registro Oficial de Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma o el Ayuntamiento de residencia.
  - b) O con el documento público en el que figure la constitución de la pareja.

### **6. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 221 LGSS.**

El artículo 221 LGSS de 2015 y su predecesor, el artículo 174.3 LGSS de 1.994, han sido objeto de varias **cuestiones de inconstitucionalidad** por considerarse, principalmente, que vulneraban el artículo 14 de la Constitución y otros preceptos de nuestra Carta Magna como los artículos 139.1 y 149.1.17.

El Tribunal Constitucional en STC n° 44/2014, STC n° 45/2014 y STC n° 51/2014, todas ellas dictadas el 7-4-2014 ha determinado que *“el trato desigual, por sí mismo considerado, no es necesariamente contrario a la Constitución, pues no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley del artículo 14 CE, sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan ser consideradas sustancialmente iguales y sin que posean una justificación objetiva y razonable (STC 131/2013 de 5-6-2013).*

## “PAREJAS DE HECHO Y PENSIÓN DE VIUDEDAD”: M<sup>a</sup> ELSA GUTIÉRREZ ALBA

En este sentido, lo propio del juicio de igualdad es su “carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso.

Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (STC 205/2011 de 15-12-2011 y STC 160/2012 de 20-9-2012).

Considera el Tribunal Constitucional que “no es que a unas parejas de hecho se les reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí”.

Según establece el Alto Tribunal “el precepto cuestionado exige la concurrencia de dos requisitos diferentes para otorgar pensión de viudedad a las parejas de hecho, como ya se ha indicado:

- **Un presupuesto material**, referido a la convivencia como pareja de hecho estable durante un periodo mínimo de 5 años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante.
- **Un presupuesto formal o requisito “ad solemnitatem”**, acreditación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante (STC 40/2014) y todo ello presidido por un presupuesto previo de carácter subjetivo: que los sujetos no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que no tengan un vínculo matrimonial subsistente con otra persona.

Quiero ello decir que, a los efectos de la Ley (en este caso de la LGSS), no son parejas estables que queden amparadas por su regulación las que no reúnan todos esos precisos requisitos, lo que supone una opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta “prima facie” arbitraria o irracional”.

Según STC 93/2013 de 23-4-2013, el legislador puede establecer regímenes de convivencia “more uxorio” con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones para su efectivo reconocimiento y atribuyéndole determinadas consecuencias pero ello no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia “more uxorio” acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquellos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica.

De esta forma, las 3 sentencias del Tribunal Constitucional dictadas el 7-4-2014 anteriormente invocadas consideran que el apartado cuarto del antiguo artículo 174.3 LGSS (en la actualidad el artículo 221.2 LGSS) que determina que *“la existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamiento del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja”* no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley.

También consideran dichas sentencias, junto con la STC 60/2014 de 5-5-2014, que **la exigencia de la constitución formal “ad solemnitatem” de la pareja de hecho con una antelación mínima a la fecha de fallecimiento del causante de la pensión, exigida en el párrafo cuarto del antiguo artículo 174.3 LGSS (actualmente el párrafo segundo del artículo 221.2 LGSS) no carece de una finalidad constitucionalmente legítima**, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social.

Además, esa exigencia formal favorece la seguridad jurídica y evita el fraude en la reclamación de pensiones de viudedad”.

## **“PAREJAS DE HECHO Y PENSIÓN DE VIUDEDAD”: M<sup>a</sup> ELSA GUTIÉRREZ ALBA**

El Auto del Tribunal Constitucional n° 142/2016 de 19-7-2016 puntualiza que “en el caso de parejas de hecho, la pensión de viudedad no se reconoce a quien haya convivido de forma estable con el fallecido, sino a quien haya formalizado esa convivencia del modo previsto en la ley y además cumpla el resto de requisitos exigidos para tener derecho a esta prestación.

El propio precepto de la Ley General de la Seguridad Social está definiendo el concepto jurídico de “pareja de hecho”, estableciendo que sólo pueden tener, a efectos jurídicos, consideración de tales, aquellas que hubieran sido inscritas en los registros de parejas de hecho autonómicos o municipales o aquellos cuya constitución constase en documento público”.

Entiende dicho Auto, por tanto, que la ley, al establecer que sólo puede acreditarse la existencia de la pareja de hecho a través de los medios establecidos en ella, no está incidiendo en el ámbito garantizado por el artículo 24 de la Constitución pues a través de tales exigencias no está limitando los medios de prueba en un proceso, sino estableciendo los requisitos que ha de cumplirse para tener la consideración de pareja de hecho a efectos de que quienes la constituyen puedan tener derecho a recibir una pensión de viudedad.

También se ha denegado por parte del Tribunal Constitucional que el citado artículo 174.3 LGSS y actual 221.2 LGSS vulneren el artículo 39 de la Constitución, en la medida en que resulta aplicable a la pensión de viudedad, que no va destinada a los hijos sino a la pareja sobreviviente, garantizándose a éstos el cobro de la pensión de orfandad.

### **7. OBSERVACIONES A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 221 LGSS:**

A la vista de los anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional interesa hacer las siguientes precisiones:

- Lo que se considera **contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución no es principalmente la exigencia por parte de la LGSS de esos dos requisitos para que las parejas de hecho tengan derecho a pensión de viudedad** (que son, recordemos, acreditación de la convivencia permanente, estable y continuada de la

pareja durante al menos 5 años ininterrumpidos antes del fallecimiento y la existencia como tal pareja de hecho “more uxorio”), **sino que la ley imponga dos medios tasados de prueba para acreditar la existencia de dicha pareja**, que son el certificado de inscripción en el correspondiente registro autonómico o local o el documento público (escritura) en el que conste la constitución de la pareja y no se permita la utilización de cualquier otro medio válido admitido en Derecho, pues choca con el principio general de libertad de prueba existente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que se permite acreditar administrativa y judicialmente las circunstancias que la ley exija pero a través de cualquier medio probatorio válido admitido en Derecho, existiendo otros documentos y medios de prueba como declaraciones de testigos para acreditar que la pareja de hecho existe y que convive con análoga relación de afectividad a la de un matrimonio desde al menos dos años antes a la fecha del matrimonio.

Ello sí se considera contrario al artículo 14 CE y también al artículo 24 CE, a pesar de lo que indique el Tribunal Constitucional, ya que la limitación de los medios de prueba, constituye una vulneración del derecho de defensa, máxime cuando la inscripción en cualquier registro, en nuestro ordenamiento jurídico, tiene efectos meramente declarativos, no constitutivos, si bien dicha certificación puede facilitar la acreditación de la existencia de tal pareja.

- La denegación de la pensión de viudedad al componente de la pareja de hecho superviviente que no está inscrita en ningún registro de parejas de hecho ni figura constituida en ningún documento público, sí vulnera el artículo 39 de la Constitución, porque hace de peor condición a los hijos nacidos de esas parejas de hecho que a los nacidos de las parejas inscritas o constituidas en documento público, pues aunque a dichos hijos se les reconoce la pensión de orfandad, si el progenitor superviviente no trabaja o no percibe demasiados ingresos y depende económicamente del fallecido e inesperadamente desaparecen los ingresos del fallecido, la unidad familiar se resiente notablemente desde el punto de vista económico, llegando incluso a pasar serios apuros económicos por denegárseles la pensión de viudedad, viéndose obligado el superviviente a sacar a sus hijos adelante sólo con la pensión o pensiones de orfandad o bien con éstas y sus propios ingresos y no porque no pueda acreditar que formaba pareja de hecho estable con el fallecido y que había mantenido con él la convivencia ininterrumpida exigida por la ley y



dependía económicamente de él, sino porque la ley no le permite acreditarlo con otros medios de prueba que no sean los dos legalmente establecidos.

Ello es contrario, como ya se ha dicho, al artículo 39 de la Constitución, pues cuanto mayores sean los ingresos de la unidad familiar, mejor podrán vivir los niños existentes en la misma y el precepto constitucional invocado garantiza la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación, pero **la realidad es que la denegación de la pensión de viudedad a las parejas de hecho no inscritas o constituidas mediante documento público hace de peor condición a los hijos de éstas que a los nacidos de un matrimonio o de una pareja sí inscrita o constituida en escritura.**

Es una forma de discriminar y dar un tratamiento diferente a los hijos en función de su filiación (matrimonial o extramatrimonial).

- Por ello, para dar cumplimiento a los artículos 14, 24 y 39 de la Constitución, lo adecuado sería **permitir acreditar, a través de cualquier medio probatorio válido admitido en Derecho, la existencia de la pareja de hecho como tal**, con análoga relación de afectividad a la de un matrimonio, al menos dos años antes del fallecimiento y no limitarlo a las dos formas de acreditación establecidas en el artículo 221 LGSS, de forma que si se logra acreditar esa circunstancia, más la convivencia estable y la dependencia económica (además de los requisitos de alta y, en su caso periodo de cotización previo exigidos por el artículo 219 LGSS), se conceda la pensión de viudedad a las parejas de hecho.

## **8. CONCLUSIÓN FINAL:**

El vigente artículo 221 LGSS debe ser interpretado por la Administración y los tribunales de una forma más flexible y acorde a los tiempos actuales y a la realidad social a la que ha de ser aplicado, en aras a conceder pensión de viudedad a aquellas parejas de hecho que pueden acreditar su existencia real y su convivencia estable, aunque sea a través de otros medios válidos y admitidos en Derecho distintos a los expresamente contemplados en dicho precepto o bien plantear judicialmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 163 de la Constitución y 35.1 de la Ley 2/1979 de 3-10-1979 Orgánica del Tribunal Constitucional, **una cuestión de**

**inconstitucionalidad porque dicho artículo 221 LGSS, en su tenor literal, vulnera los artículos 14, 24 y 39 de la Constitución, otorgando “de facto” una protección diferente a los hijos nacidos de las parejas de hecho no inscritas en ningún registro respecto a la que se brinda a los hijos nacidos de matrimonios o de parejas de hecho inscritas,** aunque dicha pensión no se conceda a los hijos sino a la pareja del fallecido, e incluso dicha cuestión podría ser llevada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea o al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que declarasen si dicho precepto es conforme a la legislación comunitaria.