TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN RELACIONES LABORALES

CURSO ACADÉMICO 2013-2014

Las uniones de hecho a efectos de obtener otros beneficios
De facto unions in order to reach other benefits

Autora:
SILVIA BARTOLOMÉ GÓMEZ

Tutor:
F. JAVIER DÁVILA GONZÁLEZ

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRESENTACIÓN..... 3

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS..... 4

CAPÍTULO I

CUESTIONES INTRODUCTORIAS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS……..... 5

2. EL PUNTO DE REFERENCIA CONSTITUCIONAL..... 5

2.1. El reconocimiento y la protección legal de las parejas de hecho……... 5

2.2. El libre desarrollo de la personalidad…….. 6

2.3. Otros preceptos constitucionales con relevancia en el tema…….. 7

3. COMPETENCIA NORMATIVA…….. 7

4. DELIMITACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO…… 8

4.1. Concepto…….. 8

4.2. Características distintivas…….. 9

4.3. Modelos……11

5. LA EQUIPARACIÓN ANALÓGICA ENTRE LOS CÓNYUGES Y LOS CONVIVIENTES *MORE UXORIO*……..……11

CAPÍTULO II

EFECTOS JURÍDICOS RECONOCIDOS

LA PENSIÓN DE VIUDEDAD: UN ANÁLISIS DEL ÁMBITO SUBJETIVO

1. SITUACIÓN ANTES DEL 1 DE ENERO DE 2008…… 15

1.1. Beneficiarios…….. 15

1.2. Problemas de posible inconstitucionalidad…….. 20

2. SITUACIÓN DESPUÉS DEL 1 DE ENERO DE 2008…….. 20

2.1. Beneficiarios…….. 21

2.2. Supuesto transitorio……. 22

2.3. Supuesto general……. 24

LA NORMATIVA LABORAL EN RELACIÓN A LAS PAREJAS DE HECHO

1. LA RELACIÓN LABORAL DE EMPRESARIO Y SU PAREJA DE HECHO……. 36

1.1. Los trabajos familiares en las uniones de hecho…… 36

1.2. La pareja de hecho como colaboradora del autónomo…….. 39

2. OTROS ASPECTOS DE LA RELACIÓN LABORAL *MORE UXORIO*..... 40

2.1. El permiso retribuido por matrimonio…… 40

2.2. La movilidad geográfica…….. 41

CONCLUSIONES..... 42

BIBLIOGRAFÍA..... 46

PRESENTACIÓN

La Constitución establece la obligación que tienen los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Esta exigencia debe ir dirigida a conseguir que la igualdad reconocida en su artículo 14 sea real, efectiva y tienda a eliminar cualquier tipo de discriminación, dado que nuestro Texto Constitucional no impone un único modelo de familia tutelable.

El Derecho de familia ha evolucionado hacia otras formas convivenciales alejadas de la institución del matrimonio, por lo que en la actualidad coexisten realidades sociales, tanto de parejas heterosexuales como homosexuales, que pudiendo contraer matrimonio, han preferido abstenerse, permitiéndoles a éstas últimas, además, una posibilidad que históricamente tuvieron vedada. Todo lo cual demuestra la existencia de un nuevo modelo de familia caracterizado por la afectividad, cuya finalidad es la de establecer una convivencia estable.

En este contexto se ve necesario promover la igualdad entre la institución tradicional, el matrimonio, y los nuevos núcleos familiares de convivencia. Por ello, el ordenamiento jurídico ha ido incorporando con carácter excepcional elementos para erradicar posibles conductas discriminatorias que, unidos a las regulaciones realizadas por algunas Comunidades Autónomas han servido para establecer un régimen jurídico de protección. De esta forma, la ciudadanía tiene distintas posibilidades de elección para formar una familia en condiciones de igualdad y no discriminación, lo que subraya el cumplimiento de los principios constitucionales.

En este sentido, la principal novedad introducida por el legislador en la materia ha consistido en la incorporación de las parejas de hecho como nuevos beneficiarios de la pensión de viudedad. Así, uno de los puntos centrales del presente trabajo se centra en analizar la evolución que ha experimentado dicha prestación en los últimos años, haciendo un recorrido jurisprudencial de la misma con el que se pretende evidenciar si existe un tratamiento discriminatorio entre los unidos por vínculo matrimonial y los meros convivientes, y si el mismo está, o no, justificado.

Asimismo, se hace referencia a otros aspectos de la convivencia *more uxorio* que son de relevancia, máxime, cuando este fenómeno social queda relegado a un segundo plano.

A continuación, se exponen los aspectos destacables de la normativa laboral en relación a las parejas de hecho.

Finalmente, el trabajo se completa con las conclusiones que la autora defiende a título personal.

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

AA.VV.	Autores Varios
adm.	administrativo
art.	(arts.) artículo (artículos)
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
cap.	capítulo
CC	Código Civil
CCAA	Comunidad Autónoma
CE	Constitución Española
coord.	coordinador
D	Decreto
DA	Disposición Adicional
ed.	edición
etc.	etcétera
ET	Estatuto de los Trabajadores
F.	Fundamento jurídico o de derecho
FJ	Fundamento Jurídico
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social
JS	Juzgado de lo Social
L	Ley
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
núm.	número
ob. cit.	obra citada con anterioridad
p.	página
p.e.	por ejemplo
pp.	páginas
RC	Registro Civil
RCUD	Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina
RD	Real Decreto
Rec.	Recurso
RETA	Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos
RGSS	Régimen General de la Seguridad Social
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
ss.	siguientes
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
vol.	volumen

CAPÍTULO I

CUESTIONES INTRODUCTORIAS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Las uniones de hecho constituyen una realidad social de convivencia extraconyugal que ha adquirido gran relevancia en los últimos años en menoscabo de la institucional familiar tradicional, el matrimonio. Se ha producido un cambio en el modelo social de familia. El matrimonio ha dejado de ser la única vía para la constitución de núcleos familiares estables[1].

A día de hoy, en nuestra sociedad conviven dos realidades divergentes que, aún compartiendo un nexo de unión, reciben tratamientos diferenciados[2]. El matrimonio no sólo es un derecho garantizado por la Constitución en su art. 32, sino que se trata de una institución jurídica a la que el legislador presta una especial atención en detrimento de otras realidades sociales que, aún teniendo cabida en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran en cierta desventaja respecto de aquella.

2. EL PUNTO DE REFERENCIA CONSTITUCIONAL

2.1. El reconocimiento y la protección legal de las parejas de hecho

El art. 39.1 de la CE fija su atención en la familia[3] de manera genérica y asegura su *«protección social, económica y jurídica».* La Constitución no recoge un concepto expreso de familia[4] y no ha identificado que la que haya que proteger sea aquélla que tiene su origen en el matrimonio[5]. Así, dentro de este precepto se reconoce y protege tanto a la familia con vínculo matrimonial, como a la que carece de él.

La doctrina, en general, sostiene que el citado artículo confiere una protección a la familia natural, tanto matrimonial como de hecho, en la medida en que se emplean términos genéricos y sin calificativo alguno. Pese a ello, autores como FERRER ORTIZ[6]

---

[1] REINA, V. Y MARTINELL, J.Mª, *Las uniones matrimoniales de hecho*, Marcial Pons, ed. jurídicas y sociales S.A. Madrid, 1996, p. 14 *«La protección social, económica y jurídica de la familia […] y la consiguiente protección integral de los hijos, iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39CE), el principio de igualdad y no discriminación también consagrado constitucionalmente (art.14) y el libre desarrollo de la personalidad reconocido en el Art. 10 de la misma Carta Magna conforman datos de suficiente entidad para sostener que el derecho a contraer matrimonio y el contenido del mismo a que también se refiere la Constitución (art. 32) no suponen en la actualidad la única forma legítima de familia […]».*

[2] Atendiendo al sentido de la STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3º, justificado en la medida en que el matrimonio y las parejas de hecho no son realidades equivalentes. Mientras que el matrimonio es una institución social garantizada por la CE, y además el derecho a contraerlo es un derecho constitucional, la convivencia *more uxorio* ni es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. De este modo, un tratamiento jurídico diferenciado no sería inconstitucional, como tampoco lo sería la equiparación de determinados efectos. Este pronunciamiento resuelve una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Magistratura de Trabajo núm. 1 de Álava referente a la pensión de viudedad en relación al art. 160 TRLGSS y la DA segunda de la L 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el CC y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, al alegarse la inconstitucionalidad de dichos preceptos por vulnerar los arts. 10, 14 y 39 de la CE.

[3] *«Desde un punto de vista jurídico no existe una definición explícita del concepto de familia e incluso el derecho de familia se fundamenta en la definición que hace* MESSINEO *en su Manual de Derecho Civil: el conjunto de dos o más personas vivientes, ligadas entre sí por un vínculo colectivo, recíproco e indivisible de cónyuge, de parentesco o de afinidad, constitutivo de un todo unitario»* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, G, en AA.VV., *Las uniones de hecho. Una aproximación plural,* Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999, p. 6. Además, CHINCHILLA MARÍN, C., «La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol.I parte Estudio,* BIB 1995/33, pp. 8 y ss. Asimismo, la STC 47/1993, de 8 de febrero, en su FJ 3º define la familia extramatrimonial que se encuentra incluida en el art. 39.1 de la CE.

[4] MARTÍNEZ GALLEGO, E.M., (coord.) ALONSO PÉREZ, M., en AA.VV. «El derecho de familia, entre lo viejo y lo nuevo», en *Matrimonio y uniones de hecho*, Salamanca, 2001, p. 22 «*Sin duda, nuestra Constitución acertó propiciando la protección social, económica y jurídica de la familia, sin configurar el tipo o modelo de familia tutelable […] porque la familia no es en nuestros días un modelo uniforme, como pudo ser la familia patriarcal o la familia específica de la burguesía liberal*».

[5] Véase la STS 19732/1992, de 18 de mayo, F. 3º, la STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 5º, o la STC 47/1993, de 8 de febrero, FJ 2º. En la amplia línea jurisprudencial existente en materia de parejas de hecho ni se niega que las uniones de hecho sean familia, ni se afirma que la familia matrimonial sea la única protegida.

[6] Léase en *VARGAS ARAVENA, D*., «De los daños civiles en las uniones de hecho», en *Daños civiles en el matrimonio,* La Ley, 2009, pp. 5-6.

sostienen el planteamiento contrario, afirmando que «*no por obvio es menos cierto que la Constitución cuando alude a la familia está pensando en la familia española por antonomasia, fundada en el matrimonio y formada por el marido, la mujer y los hijos en común, a los que a veces se añade alguno de sus ascendientes. Así viene a confirmarlo la garantía constitucional de la que goza el matrimonio y de la que carece la familia no matrimonial».*

En este sentido, se ha de añadir que si el legislador español hubiese optado por un modelo de familia cerrado, otorgando sólo y exclusivamente la protección a la institución matrimonial, no nos encontraríamos en la Constitución con dos preceptos separados, como ocurre en este caso con los arts. 32 y 39. De este modo, el vínculo matrimonial es solamente uno de los posibles modelos familiares contemplados constitucionalmente[7].

2.2. El libre desarrollo de la personalidad

Las parejas por propia voluntad, y con intención de obviar las consecuencias y efectos de la institución matrimonial, se alejan del régimen del matrimonio y optan por constituir, en tal caso, una unión de hecho[8].

Ésta es la opción que voluntariamente asumen, y debe ser respetada en base al principio del «libre desarrollo de la personalidad» del art. 10.1 de la CE[9]. Se trata de una cláusula que vincula a los poderes públicos a un principio de presunción de libertad que impide a los mismos restringir el libre albedrío de las personas[10]. Por ello nada puede impedir a los ciudadanos optar por el matrimonio o por la unión de hecho[11].

De esta manera, el régimen jurídico que el legislador puede establecer a este efecto debe ser de carácter dispositivo[12], respetando el citado principio.

---

[7] RUBIO GIMENO, G., «Comentario Aspectos de las relaciones familiares personales y patrimoniales», Vlex, Barcelona, 2014, p. 2. Asimismo LÓPEZ TERRADA, E., *Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el régimen general de la seguridad social,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 19 y ss. o MARTÍNEZ GÓMEZ, Mª. I., «Las parejas de hecho», *Saberes: revista de estudios jurídicos, económicos y sociales vol. I*, Vlex, Madrid, 2003, p. 4.

[8] La STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 8º, señala que *« […] el elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es, por tanto, su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal».*

[9] LORENZO REGO, I., «Hacia la codificación de la pareja estable», Actualidad Civil núm. 19, La Ley núm.13349/2010, p. 5 « *[…] las uniones no matrimoniales son manifestación del libre desarrollo de la personalidad, principio recogido en el art. 10.1 de la Constitución española. No se trata de un derecho subjetivo como es el matrimonio, si bien los poderes públicos han de respetar esta unión, y no pueden imponer el matrimonio a las personas que deseen mantenerse al margen de él […]»*. o GARCÍA GÓMEZ, R., en AA.VV. «El contrato de unión civil. Reflexiones sobre la conveniencia de una regulación de las uniones de hecho» en Matrimonio y uniones de hecho, Salamanca, 2001, p. 118.

[10] Según la STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2º, *«El libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos tratarán de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole».*

[11] Atendiendo a la STS 39/2004, de 5 de febrero, F. 1º, «*La convivencia more uxorio, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica».*

[12] En palabras de GAVIDIA SÁNCHEZ, J.*V* es una exigencia del libre desarrollo de la personalidad no sólo que nadie pueda ser casado contra su voluntad, sino que sólo pueda existir vínculo matrimonial si expresamente se ha prestado consentimiento matrimonial, consistente en la asunción libre, consciente y seria de los derechos y deberes recíprocos. GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V, «Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 6/2002 parte estudio*, p. 2. También, la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 10º y en los términos recogidos en la STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 8º «*Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja».* En relación al principio del libre albedrío, la Sentencia de un juez federal del Estado de Utah da la razón a una familia de mormones fundamentalistas al legalizar *de facto* la poligamia en el Estado, siempre que no exista matrimonio legal, en la medida en que prohibir la cohabitación va contra la protección de las libertades individuales contenida en la Primera Enmienda de la Constitución. Disponible en

2.3. Otros preceptos constitucionales con relevancia en el tema

Además, las uniones de hecho tienen cobertura en el art. 9.2 de la CE. Este precepto impide su discriminación, basándose en los principios de libertad e igualdad tanto del individuo como de los grupos en que éste se integra.

Por otro lado, se las puede considerar una manifestación de la libertad ideológica que el art. 16 de la CE garantiza, en la medida en que toda persona tiene derecho a actuar bajo su personal convencimiento[13].

3. COMPETENCIA NORMATIVA

La distribución de competencias entre el Estado y las CCAA del art. 149.1.8ª de la CE, en materia de legislación civil, es bastante problemática. La existencia o no de una extralimitación competencial es motivo de una constante discusión[14].

A tenor del artículo mencionado, es el Estado quien tiene la competencia exclusiva en materia de legislación civil. No obstante, el precepto permite la «conservación, modificación y desarrollo» de la normativa a aquellas CCAA con derechos civiles, forales o especiales propios[15].

Así, a la vez que se introduce una reserva a favor del Estado, se admite una excepción a la regla general, que se encuentra ampliamente limitada, ya que corresponde al Estado *«en todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho».*

En base a esta excepción, los legisladores autonómicos vienen regulando las parejas de hecho, al considerar que las uniones de hecho no forman parte de las competencias que en todo caso tiene atribuidas de forma exclusiva el Estado.

De esta manera, las CCAA, en su intento de ordenar el régimen jurídico de las parejas de hecho, han venido regulando materias reservadas al Estado, lo que ha provocado que el TC haya declarado la existencia de una extralimitación competencial en varios de sus pronunciamientos, al haberse dictado normas autonómicas en materias que están fuera del alcance de aquéllas, vulnerando, así, las competencias exclusivas del Estado[16]. En este sentido, la STC 88/1993, de 12 de marzo, u otras más cercanas en el tiempo, como la STC 81/2013, de 11 de abril y la STC 93/2013, de 23 de abril.

<http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/08/28/actualidad/1409249720_122802.html>. Consultado el 17.09.2014.

[13] RIVAS VALLEJO, P. Y VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La protección de la familia y de las uniones de hecho», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 57,* p. 8.

[14] Véase las consideraciones de DE LAMO MERLINI*, O.*, «Las dificultades de la interpretación del artículo 149.1.8º CE», Aranzadi, Madrid, pp. 1 y ss, ESPADA MALLORQUÍN*, S.,* «El reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho en derecho español: evolución legislativa y jurisprudencial», La Ley, Madrid, 2007, pp. 4 y ss o COCA PAYERAS*, M.,* «Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad», *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, núm. 1, Islas Baleares, enero-marzo 2014, pp. 1 y ss.

[15] No todas las CCAA gozan de un Derecho civil propio (Cataluña, Aragón, País Vasco, Navarra, Galicia, Baleares, Extremadura «no es equiparable: Fuero de Baylío» y la Comunidad Valenciana) como es el caso p.e. de Cantabria o Madrid, pero aún careciendo de competencias legislativas civiles, poseen facultades legislativas que les permiten la aprobación de normas con rango de ley que, no podrán invadir el ámbito competencial del Estado. Véase TORRES LANA, J.A., «Las parejas de hecho», Vlex, Islas Baleares, pp. 4 y ss o GARCÍA RUBIO, Mª.P., «Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica», Vlex, pp. 8 y ss.

[16] ECHEVERRÍA ALBACAR, I., «Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril», Diario La Ley, núm., Sección Doctrina, 8221 10892/2013, Tarragona, 2013, pp. 4 y ss, PULIDO QUECEDO, M., «Las uniones de hecho ante el TC», *Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 865/2013 parte Tribuna,* p. 1 o BIEDMA FERRER, JM., «Diversidad de normas aplicables en las Comunidades Autónomas y principio de igualdad» en Uniones de hecho y principio de igualdad. Algunas cuestione conflictivas, Vlex, Universidad de Cádiz, pp. 9 y ss.

Las «formas de matrimonio» sí son competencia exclusiva del Estado, pero no se puede afirmar que con la regulación de la convivencia marital se esté creando una nueva forma de matrimonio, diferente de las previstas por el legislador estatal. Simplemente, se está regulando una forma de convivencia diferenciada del matrimonio[17].

En conclusión, las CCAA podrán legislar sobre parejas estables conforme a las competencias que tengan atribuidas, ya que conceptualmente aquéllas no son matrimonio, sino que constituyen un fenómeno distinto y plural. Además, a día de hoy, el legislador nacional ni ha dictado todavía una norma legal que establezca un régimen jurídico unitario para las parejas de hecho[18], ni parece tener intención, a la vista de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Así pues, con esta base, tanto las CCAA de Derecho común como las de Derecho foral han venido aprobando normas en virtud de las cuales se regula el régimen jurídico de las uniones de hecho, siendo muchas las Comunidades y muy diferentes las regulaciones que se han venido publicando[19].

4. DELIMITACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO

4.1 Concepto

Dar una definición a esta realidad social no es tarea fácil. En el ordenamiento jurídico estatal se evidencia la ausencia total de una definición legal, más allá de la que ofrece el TRLGSS.

Sin tener en cuenta, al menos por el momento, la definición a efectos de ser perceptor/a de la pensión de viudedad, y en un intento clarificador, siguiendo las palabras de ESTRADA ALONSO, se puede entender por pareja de hecho *«la unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente* (o no, en la actualidad) *y capacidad suficiente, que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos»*[20].

GARCÍA-POSADA GÓMEZ[21] la define como *«aquella compuesta por dos personas*

[17] En este sentido, el FJ 5º de la STC 93/2013, de 23 de abril. Así como EGÚSQUIZA BALMASEDA, Mª A, «Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2013, de 11 de abril y 93/2013, de 23 de abril», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 5/2013 parte Estudio*, pp. 3 y ss. El TC considera que el reconocimiento normativo de las parejas de hecho puede desarrollarse desde diversas perspectivas sin que una equiparación de derechos y obligaciones implique la regulación de una nueva forma matrimonial.

[18] Si bien es cierto**,** han existido varios proyectos p.e. la proposición de L sobre igualdad jurídica para las parejas de hecho, presentada por el Grupo Parlamentario de Ezquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, a fecha 23 de abril de 2008. CERVERA SOTO, T., «Las recientes propuestas legislativas sobre uniones no matrimoniales: análisis de su contenido y de sus consecuencias jurídicas», Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 384/1999, pp. 1 y ss, SALAS CARCELLER, A., «Efectos patrimoniales de la convivencia *more uxorio», Publicación: Repertorio de Jurisprudencia núm. 2/2003 parte Estudio,* p. 1 o MATA DE ANTONIO, J.Mª., «Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación? (Análisis de la normativa autonómica)», Acciones e Investigaciones Sociales, Vlex, Universidad de Zaragoza, p. 10.

[19] Sin embargo, no todas las CCAA han optado por su regulación. Así, Murcia (D Alcaldía de 6 de mayo de 1994 de creación de Registro Municipal de Uniones no Matrimoniales y el Reglamento, núm. 35 de 12 de febrero de 2011, del Registro Municipal de Uniones de Hecho del Ayuntamiento de Murcia), Castilla La Mancha (D 124/2002, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha), Castilla y León (D 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento), Melilla (Reglamento Regulador del Registro de Hecho de la Ciudad Autónoma de Melilla de 28 de enero de 2008, La Rioja (D 30/2010, de 14 de mayo, por el que crea el Registro de Parejas de Hecho de la Rioja) y Ceuta carecen de normativa, si bien existen registros adm. de parejas de hecho. En DE LA IGLESIA PRADOS, E., «La eficacia actual de las normas reguladoras de las parejas de hecho», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 8/2013 parte Estudio,* pp. 7 y ss.

[20] ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*, Civitas, Ed. 2º, Madrid, 1991, p. 76.

[21] GARCÍA-POSADA GÓMEZ, E., *El concepto de convivencia no matrimonial en derecho español*, en ADC, fascículo III, 2003, p. 1102.

de distinto o del mismo sexo, que conviven de modo semejante a como lo hacen los cónyuges en el matrimonio, pero sin formalizar su convivencia acudiendo a esta institución legal».

Siguiendo el curso de la normativa dictada por las CCAA, se encuentran diferentes definiciones sobre este hecho. A pesar de la heterogeneidad de las acepciones utilizadas, «parejas estables, uniones de hecho o parejas de hecho», éstas son muy similares[22]. Una posible definición extraída de sus notas comunes podría ser «*la unión de carácter libre, pública, notoria y estable entre dos personas del mismo o diferente sexo que conforman una relación de afectividad análoga a la conyugal*»[23].

Dejando aparte la regulación autonómica, y optando por un concepto más amplio, se ve conveniente citar la definición que el propio Tribunal Supremo acuña en su Sentencia 19732/1992, de 18 de mayo, en la que entiende por unión de hecho «*aquélla que se desarrolla en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar»*[24].

4.2. Características distintivas

Los Tribunales vienen identificando en las uniones de hecho una serie de connotaciones que hacen posible su delimitación[25].

La primera es su «heterogeneidad», que es la manifestación del compendio legislativo autonómico y de la ausencia de una norma de regulación homogénea. En

[22] Véase**, 1)**. Ley 10/1998, de 15 de julio de uniones estables de pareja, de Cataluña, modificada por la Ley 3/2005, de 8 de abril, y vigente hasta el 1 de enero de 2011, cuya regulación se integró en el Código sobre la persona y la familia, que integra la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil Catalán relativo a la persona y a la familia, como convivencia estable en pareja. **2)**. Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas, de Aragón, vigente hasta el 23 de abril de 2011, cuya regulación se integró en el Código de Derecho Foral de Aragón. Con desarrollo normativo reglamentario del Registro de constitución de parejas de hecho por Decreto 203/1999, de 2 de noviembre. **3)**. Ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de Navarra. **4)**. Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, de Baleares. Con desarrollo normativo reglamentario del Registro de parejas por D 112/2002, de 30 de agosto. **5)**. Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, de la CA Madrid. Con desarrollo normativo reglamentario del Registro de parejas de hecho por D 134/2002, de 18 de julio. **6)**. Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, del Principado de Asturias. Con desarrollo normativo reglamentario del Registro de parejas de hecho por D 71/1994, de 29 de septiembre. **7)**. Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho, de la CA Andalucía. Con desarrollo normativo reglamentario del Registro de constitución de parejas de hecho por D 35/2005, de 15 de febrero. **8)**. Ley 2/2003, de 7 de mayo, para la regulación de las parejas de hecho en la CA País Vasco. Con desarrollo normativo reglamentario del Registro de parejas de hecho por D 124/2004, de 22 de junio. **9)**. Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la CA Canarias. Con desarrollo normativo reglamentario del Registro de parejas de hecho por D 60/2004, de 19 de mayo. **10)**. Ley 5/2003, de 20 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la CA Extremadura. Con desarrollo normativo reglamentario del Registro de parejas de hecho por D 35/1997, de 18 de marzo. **11)**. Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la CA Cantabria. Con desarrollo normativo del D 84/2008, de 28 de agosto. **12)**. Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de la CA Galicia. Con desarrollo normativo reglamentario del Registro de parejas de hecho por D 248/2007, de 20 de diciembre. **13)**. Ley 5/2012, de 15 de octubre, para la regulación de las Parejas de Hecho en la CA Valencia y que deroga a la anterior Ley 1/2001, de 6 de abril. Con desarrollo normativo reglamentario del Registro de parejas de hecho por D 61/2002, de 23 de abril.

[23] El art. 4.2 de la L de Parejas de Hecho de Cantabria considera pareja de hecho *«a la que resulta de la unión de dos personas de forma estable, libre, pública y notoria, en una relación afectiva análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual»*. El art. 1.1 de la L de Parejas Estables de Islas Baleares entiende por pareja estable a *«las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal»* o el art. 2.1 de la L de Parejas Estables de Navarra considera pareja estable *«la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, […]».*

[24] Un acercamiento al concepto de pareja de hecho se encuentra en ANDREZEJ WÓJCIK, *«Capitulo I: Delimitación del concepto de unión de hecho»*, en *Pareja de hecho y matrimonio. Un estudio de las diferencias*, Navegraf SL, Navarra, 2002, pp. 15 y ss o BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.*, Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, S.A., Ed. Primera, Madrid, 1992, pp. 100 y ss.

[25] REINA, V. Y MARTINELL, J. Mª, «Rasgos definidores de las uniones matrimoniales de hecho», ob.cit., pp. 35 y ss, ZURILLA CARICAÑA, Mª.A.*,* «Las uniones de hecho. Aspectos patrimoniales», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 22/2007 parte Estudio,* pp. 2-3 o ACEBO PENCO, A., «El matrimonio: las uniones no matrimoniales» en Derecho de familia, Colección Vlex Global, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 21 y 22.

esta línea, subrayar las diversas nomenclaturas que recibe esta realidad social[26].

La segunda son sus notas de «estabilidad» y de «permanencia[27]», es decir, las uniones han de ser duraderas en el tiempo. Estas características conviven en conexión a pesar de ser independientes, ya que para considerar una relación estable es necesario que se prolongue en el tiempo.

Además, señalar la «convivencia». Al ser ésta un determinante clave para la constitución de uniones de hecho, la cohabitación ha de ser diaria y sin interrupciones[28], aunque, a diferencia del matrimonio, carece de *affectio maritalis* y por tanto del *honor matrimonii*[29].

También, la pareja de hecho conforma una «comunidad de vida de carácter estable»[30], «exclusiva»[31] (incompatible con otra simultánea), «publica y notoria»[32] y, como se ha dicho, duradera en el tiempo. Si bien, estos caracteres se predican de una situación de hecho semejante a la institución del matrimonio, hay que destacar la falta

[26] p.e. convivencia *more uxorio*, familia no matrimonial, familia de hecho, familia no fundada en el matrimonio, convivencia *marital, matrimonio sin papeles, matrimonio informal, uniones conyugales de hecho o parejas estables entre otras. «Esta multiplicidad de sinónimos pone de manifiesto que la convivencia es muy variada, como lo son todas las situaciones de hecho, a diferencia de lo que sucede con el matrimonio, que es una institución de derecho constantemente idéntica a ella misma; […]»* en BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. ob.cit. p. 95. «La falta de un *«nomen iuris» que identifique la realidad jurídica de la que hablamos, aunque sea reflejo de la pluralidad de situaciones que comprende, no puede llevarnos a renunciar a delimitar la realidad sobre la que se quiere intervenir, en este caso, jurídicamente»* en MURILLO MUÑOZ, I., «Cuestiones previas: acercamiento a la realidad social española sobre las pareja de hecho y delimitación conceptual» en *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio,* Vlex, 2007, p. 335.

[27] Una relación no sólo es estable cuando es duradera en el tiempo sino que LÓPEZ AZCONA, A*.,* defiende la teoría de la estabilidad en relación con la descendencia. De la jurisprudencia se infiere el carácter permanente de la convivencia, otorgándose éste a las uniones cuya convivencia sea como mínimo de dos años. A estos efectos, la STS 17689/1992, 21 de octubre, F. 2º. LÓPEZ AZCONA, A., «Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho», Duodécimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, La Ley, Universidad de Zaragoza, p. 6.

[28] p.e. la SAP de Pontevedra 28/1999, de 1 de junio, F. 2º, *«En período probatorio se acreditó que ambos coexistieron durante el período señalado con una permanencia consolidada en la que no se probaron interrupciones […]».* Sin embargo, la SAP de Zaragoza 727 /1999, de 26 de noviembre, F. 1º, señala que el cese temporal de la convivencia por motivos profesionales, de salud u otros análogos no implica su fin.

[29] «*En Derecho Romano, se entiende por concubinato: la unión estable de un hombre y una mujer sin affectio maritalis o que teniéndola, carecen de conubium. La ausencia de aquella o de éste lo diferencia del matrimonio […] se basa en la falta de affectio maritalis, es decir, la recíproca intención (pues, affectio es intención) de los contrayentes de tenerse por marido y mujer (pues maritalis, es conyugal, nupcial, marital) y que junto al honor matrimonii, es indispensable para poder hablar del matrimonio romano».* PANERO, P., «El Concubinato Romano como antecedente de las actuales parejas de hecho», Revista Internacional de Derecho Romano, Universidad de Barcelona, Octubre 2010, p. 96 y MURILLO MUÑOZ, I., «La concepción romana del matrimonio en el derecho clásico y justinianeo. El concubinato» en *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio,* Vlex, 2007, p. 153.

[30] En esta línea, la SAP de Palencia 345/1999, de 15 de noviembre, F. 1º, o la SAP de Teruel 136/1998, de 22 de septiembre, F. 3º, *«La relación habida entre actora y demandado no merecen dicha calificación al no haber sido proyectada públicamente de forma conjunta como una comunidad de vida y de intereses comunes, faltando además la permanencia consolidada en el tiempo, la estabilidad y un patrimonio común».* Se persigue una relación de afectividad análoga a la del matrimonio. La mayor parte de los autores incluyen la comunidad de vida en su definición de pareja de hecho, afirman que en el matrimonio la vida común es una consecuencia, mientras que en la unión libre es una condición.

[31] A pesar de esta afirmación los Tribunales son bastante permisivos, ya que los miembros de la pareja de hecho pueden encontrarse casados con un tercero (SAP de Toledo de 2 de noviembre de 1994 (AC/1994/2102), F. 2º*, «Se destaca la falta de intención de tales personas de contraer matrimonio y la imposibilidad real de hacerlo por la subsistencia del matrimonio anteriormente contraído por el inquilino, tema que, sin embargo de la eventual eficacia de la declaración testifical que menciona la Sentencia y en la que se aseveraba que el arrendatario comentó a la testigo que un día se casaría con la ahora recurrida, resulta intrascendente respecto del hecho de la convivencia marital, pues para que ésta concurra no es necesario el propósito de formalizar la situación de hecho mediante la celebración del matrimonio»*), eso si, siempre y cuando no se siga conviviendo con el cónyuge (SAP de Teruel 136/1998, de 22 de septiembre, F. 2º). No obstante, no se puede olvidar que el criterio jurisprudencial aquí descrito se encuentra supeditado a la normativa de las CCAA.

[32] La SAP de A Coruña 195/2003, de 20 de junio, F. 2º, *«La presencia física de ambos en varias situaciones en la nieve, en la playa, de caza, en excursiones a lugares turísticos como Santiago […]»* o la SAP de Asturias 18/1997, de 16 de enero, recogen la publicidad que deben tener las parejas de hecho. Además, la STS 19732/1992, de 18 de mayo, F. 4º, expresa *«una convivencia practicada de forma externa y pública, con acreditadas actuaciones conjuntas de los miembros de la pareja».*

de un rasgo característico de las uniones con vínculo matrimonial como es la «ausencia de cualquier formalidad»[33].

En último lugar, tradicionalmente, se ha venido defendiendo el «carácter heterosexual» de la pareja. Sin embargo, esta afirmación a día de hoy, con las reformas operadas en nuestro ordenamiento jurídico, ya no tiene cabida[34].

4.3. Modelos

Con la finalidad de resolver los problemas nacidos de la convivencia *more uxorio*[35] se vienen estableciendo en el Derecho comparado tres modelos básicos de regulación[36]. Por un lado, el modelo de regulación privada o contractual, basado en la ausencia total de regulación, lo que hace que sean los propios contrayentes quienes pacten la misma. En segundo lugar, el modelo factual o puramente convivencial, en virtud del cual la relación de las partes, basada en una convivencia estable, se regirá por un régimen jurídico predispuesto por el legislador aplicable sólo en el caso de que no exista pacto en contrario. Por último, el modelo de pareja inscrita o formalizada en documento público, en el que los convivientes manifiestan expresamente su voluntad de quedar sometidos bajo un régimen que el legislador pone a su disposición.

La normativa existente en las diferentes CCAA no se ha inspirado de manera pura en ninguno de los modelos enumerados, ya que consideran distintos criterios a la hora de constituir una unión de hecho[37]. Además, todas las normas autonómicas existentes en la materia remiten a los pactos entre convivientes para regular las relaciones de la pareja[38].

5. LA EQUIPARACIÓN ANALÓGICA ENTRE LOS CÓNYUGES Y LOS CONVIVIENTES *MORE UXORIO*

Partiendo de la base de que el matrimonio y la convivencia marital se encuentran amparados por la misma protección constitucional del art. 39.1, surge la duda de si los «privilegios conyugales»[39] reconocidos a los unidos mediante vínculo

[33] Véase la SAP de Palma de Mallorca 56/2000, de 27 de enero, F. 2º. También la STS 5639/1993, de 22 de julio, F. 4º, recoge que *«[…] el examen analógico-comparativo de las uniones de hecho y las matrimoniales nos ofrecen unas considerables diferencias; así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil; las segundas no […]».* Eso si, diferencia cada vez más estrecha y matizada en la medida en que las L autonómicas prevén su constitución formal a través del otorgamiento de escritura pública, documento público o mediante la inscripción en un Registro adm.

[34] La consideración de la heterosexualidad como uno de los requisitos para constituir una unión de hecho ha traído innumerables polémicas doctrinales, zanjadas cuando las leyes autonómicas han ido equiparando los efectos jurídicos entre las uniones heterosexuales y homosexuales, al seguir la Recomendación de 8 de febrero de 1994 o la Resolución de 16 de marzo de 2000 del Parlamento Europeo a través de las cuales se insta a los Estados miembros a abordar una legislación que tienda a la equiparación entre familia y uniones de hecho tanto heterosexuales como homosexuales, y en la medida en que la Ley 13/2005, de 1 de julio, permite la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo. p.e. en la STS 17689/1992, 21 de octubre, la STS 536/1994, de 27 de mayo o la STS 2513/2001, de 27 de marzo, se ha hecho referencia explicita a que ha de tratarse de parejas integradas por personas de sexo diferente, e incluso, llegando a exigirse en la última Sentencia enumerada la heterosexualidad como uno de los elementos de la convivencia *more uxorio*.

[35] La nomenclatura latina *uxor, uxoris* significa «esposa o mujer casada» pero nunca esposo. Por tanto, este término solo haría referencia a la esposa, no al marido y la mujer. De ningún modo podría ser aplicable a la pareja de varones homosexuales. A pesar de dicha acepción, se trata de una terminología ampliamente aceptada.

[36] MARTÍN-CASALS, M., «El derecho a la convivencia anómica en pareja: ¿Un nuevo derecho fundamental?», *Revista para el análisis del derecho Indret*, Barcelona, 2013, pág. 11 y ss.

[37] Bien a través de medios de acreditación de la convivencia o mediante formas de constitución (notarial o inscripción registral de carácter constitutivo o no). ALONSO PÉREZ, J.I., «El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea», VLex, Universidad de Bolonia, Enero 2007, pp. 96 y ss en el apartado modalidades de constitución de las uniones de matrimoniales, cap. modelos autonómicos.

[38] Atendiendo al «principio de la autonomía de la voluntad» del art. 1.255 del CC «*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».*

[39] No sólo son titulares de derechos, sino también de obligaciones «Libro primero. De las personas. Título IV. Del matrimonio. Cap. V. De los derechos y los deberes de los cónyuges. art. 66 y ss del CC». Sin embargo, no existe ninguna obligación jurídica entre los convivientes cuyo incumplimiento este sancionada. Asimismo, la STC 93/2013, de 23 de abril, en su FJ 8º señala que «*La unión de hecho sí puede ser objeto de tratamiento y de*

matrimonial pueden ser extendidos, por analogía[40], a las uniones de hecho, trasformándose así, en lo que se viene denominando «privilegios familiares».

Así, las uniones de hecho han sufrido en los últimos años una evolución jurisprudencial, ya que se ha visto un cierto cambio, pasando de la existencia de una cierta equiparación entre las parejas de hecho y el matrimonio[41], y siendo, sin embargo, la jurisprudencia más reciente mucho más comedida a la hora de aplicar la analogía del régimen matrimonial al fenómeno social de las parejas estables.

En este sentido, la STS 584/2003, de 17 de junio F. 2º, clarifica esta cuestión, al expresar que «*las uniones more uxorio, cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos –constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial– han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia*[42]*,»*. Además, no existe una *«equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste*[43]*, salvo en algunos de sus aspectos»*[44]*.*

Asimismo, debe observarse cómo la STS 1516/1997, de 4 de marzo, advirtió la no procedencia de la aplicación analógica en base a la no existencia de identidad de razón. Al actuar en sentido contrario no sólo se estaría creando judicialmente Derecho, sino que se estarían tomando decisiones de las cuales es competente el legislador.

---

consideración por el legislador respetando determinados límites, ya que supondría un contradictio in terminis convertir en unión de derecho una relación estable puramente fáctica integrada por dos personas que han excluido voluntariamente acogerse a la institución matrimonial con su correspondiente imperativo de derechos y obligaciones».

[40] El art. 4º apartado primero del CC señala que *«procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón»*. Como explica GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., «Analogía…», ob.cit. p. 3 *«si se recurre a la analogía sin observar estas condiciones, lo que se produce es la suplantación del poder legislativo por el judicial, tanto cuando se ignora una decisión del legislador de no dedicar una regla específica al supuesto de hecho en cuestión, es decir, cuando no había laguna, como cuando sí la haya, pero no exista identidad de razón entre el supuesto de hecho contemplado por la norma que es aplicada por analogía y el no contemplado por ninguna».* DÍEZ PICAZO Y GULLÓN *dicen que «la analogía consiste en aplicar a un caso dado, que no parece contemplado de manera directa y especial por ninguna norma jurídica, una norma prevista para un supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso dado guarda semejanza»* DÍEZ PICAZO, L., Y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia*. Tecnos, Ed. Undécima, volumen IV, Madrid, p. 18. Según BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. ob.cit. p. 98 *«la convivencia de hecho no comparte con el matrimonio sus caracteres esenciales, no existe entre ambos identidad de razón»* lo que le lleva a sostener que nos es aplicable la analogía. Además, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 4 del Código Civil», Aranzadi S.A. Pamplona, enero 2009, pp. 1 y ss.

[41] Véanse por todas las Sentencias, la STS 1085/1996, de 16 de diciembre, F. 7º y la STS 3844/1999, de 1 de junio, F. 5º.

[42] La STS 611/2005, de 12 de septiembre, en su F. 2º recoge los mismos argumentos. Además, la Sentencia del TEDH de 10 de febrero de 2011, «asunto Korosidou contra Grecia», en idéntico sentido. Así, PUGA GÓMEZ, S., «La convivencia «more uxorio» y la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de enero de 2003 (RJ, 2003,4)», *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil núm. 49/2002 parte Boletín,* p. 3.

[43] La tendencia jurisprudencial es negar la aplicación analógica del régimen matrimonial a los convivientes *more uxorio.* Véase la STS 116/1993, de 18 de febrero, F. 2º, o la STS 1516/1997, de 4 de marzo, F. 7º*.* Más cercanas en el tiempo la STS 1048/2006, de 19 de octubre, F. 2º, *«[…] consustancial a esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio y a la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra insita en la convivencia more uxorio el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por analogía legis de las normas propias del matrimonio[…] »,* la STS 31/2010, de 4 de febrero, F. 3º, y la STS 416/2011, de 16 de junio, F. 5º. Además, la STC 93/2013, de 23 de abril, reconoce que las parejas de hecho no son, ni una forma del matrimonio ni una realidad equiparable a éste, por lo que la posible asimilación entre ambas ya no tiene lugar. LACRUZ Y SANCHO manifiestan que «*a la convivencia more uxorio no se le puede aplicar por analogía las normas sobre el matrimonio, en primer lugar, porque, a falta de vínculo conyugal, no existe tal analogía; y, además, porque igual los convivientes han omitido casarse precisamente por huir de toda normativa»*. Siguiendo la opinión de BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. ob.cit. p. 98 *«no sería concebible aplicar a la convivencia de los dos sujetos la disciplina del matrimonio sólo porque se comporten externamente como marido y mujer. Ese comportamiento externo puede dar lugar, siempre y cuando concurran determinados elementos en la relación, a su toma en consideración por el legislador, para, de este modo, otorgarles cierta protección jurídica».*

[44] En determinados supuestos los Tribunales han optado por la aplicación analógica en aras de lograr la solución más justa. De este modo, encontramos la STS 212/1998, de 10 de marzo, relativa al uso y disfrute de la vivienda. Véase su F. 3º. Por todo ello, se ve necesario analizar cuál es el criterio aplicable para identificar qué partes no pueden ser extensibles a la pareja estable, para que ésta pueda seguir configurándose como unión no matrimonial.

En otro orden de ideas, se ha de señalar que el Tribunal Constitucional ha establecido una equiparación automática entre los cónyuges y los que han vivido en unión libre, formulando una doctrina sobre su necesaria asimilación en el caso de no haber podido casarse por impedírselo una causa constitucionalmente proscrita, STC 155/1998, de 13 de julio[45], y para el supuesto en el que el sistema matrimonial reconociese algún derecho a los casados que no fuese conforme a la CE, STC 180/2001, de 17 de septiembre[46]. Ambas Sentencias resolvieron recursos de amparo contra actos de aplicación de leyes que reconocían derechos a los sujetos casados[47].

Como razona GAVIDIA SÁNCHEZ, los juzgadores cada vez que aplican por analogía una regulación referente al matrimonio, suplantan al legislador, violando el mandato constitucional de sometimiento al imperio de la ley del art. 117.1 en la medida en que es la propia CE la que ha dejado al legislador la posibilidad de generar o no relaciones jurídico-familiares, así como el grado de protección de cada una de ellas[48].

Ahora bien, esta aplicación analógica tiene su fundamento en la prohibición de trato discriminatorio, cuando ésta no está suficientemente justificada. En estos casos se limita irrazonablemente el derecho de las uniones de hecho a no contraer nupcias[49].

A la vista de lo expuesto se hace necesario aclarar si la exigencia del vínculo matrimonial como condición para obtener determinados beneficios, pudiese vulnerar el principio de igualdad y no discriminación que nuestra Constitución consagra en su art.14.

Teniendo en cuenta la amplia jurisprudencia existente, lo que se desprende de la forma de razonar del TC es que la diferencia de trato habida entre los cónyuges y

[45] Se resuelve el recurso de amparo 3115/1995 interpuesto ante la imposibilidad de continuar con el disfrute de la vivienda que ocupó la unidad familiar, al abandonar la persona arrendataria (mantenía un vínculo matrimonial con tercera persona) el domicilio, con el argumento que la relación mantenida no era una relación matrimonial sino una mera unión de hecho. Se otorga el amparo debido a la existencia de un impedimento legal para contraer matrimonio cual era la indisolubilidad del matrimonio por divorcio de uno de los convivientes. Su FJ 4º clarifica la cuestión «*al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron more uxorio lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, debe reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial».*

[46] Pronunciamiento que resuelve el recurso de amparo 1434/98 interpuesto por la actora ante la negativa de ser perceptora de una indemnización establecida en razón de la prisión que sufrió su pareja fallecida como consecuencia de los supuestos enumerados en la L 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía. Negativa por no acreditar ser cónyuge supérstite pensionista de viudedad, o, ser cónyuge viuda del causante. Recurso que otorga el amparo solicitado en base a que la posibilidad de contraer matrimonio civil se condicionaba a la prueba de no profesar la religión católica, FJ 5º, «motivos ideológicos impedían al matrimonio contraer matrimonio canónigo». Manifestación que hoy pugna con el art. 16 de la CE. Su FJ 3º recoge esta doctrina *«no toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, sólo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente. Para que esto sea así la causa que, limita la libertad de casarse, debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales [...] en estas circunstancias, al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron more uxorio lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, debe reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial».*

[47] En contra de esta doctrina GAVIDIA SÁNCHEZ, J.*V,* «La diferencia de trato constitucionalmente ilegítima entre el matrimonio y la unión libre; en especial, la doctrina del TC sobre la inadmisibilidad de la causa que impidió contraer matrimonio a los convivientes», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 2/2002 parte Estudio*, p 8. *«Estoy en completo desacuerdo con esta doctrina, que nos ha sido justificada con el sorprendente argumento de que en tales circunstancias se ha de presumir, salvo prueba en contrario, que esos convivientes habrían contraído matrimonio entre sí, de haber podido hacerlo en condiciones admisibles a la luz de la Constitución vigente. ¿Y si esa relación se estableció, precisamente, porque no existía la posibilidad de casarse? ¿Y si a lo largo del tiempo de convivencia pudieron haber contraído matrimonio entre sí en condiciones impecablemente conformes a la Constitución vigente?».*

[48] GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V, «La diferencia…», ob.cit. p. 23.

[49] En este sentido, la STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 6º. Asimismo, la STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2º, establece que de la no equivalencia entre matrimonio y unión de hecho no se deduce necesariamente que toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todo caso compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que garantiza el art. 14 de la CE.

los convivientes está justificada[50] en el hecho de que ambas realidades no son situaciones equivalentes[51], no conculcándose el principio de igualdad[52], al no prohibirse las uniones de hecho.

En conclusión, el Tribunal Constitucional señala que no existe vulneración del principio de igualdad por el tratamiento jurídico diferenciado, ya que dicha desigualdad, al poseer un fundamento objetivo y razonable, permite al legislador otorgar distintas consecuencias jurídicas.

En sentido contrario, y en relación a la atribución de los mismos efectos jurídicos entre el matrimonio y las uniones de hecho, ciertos autores manifiestan una tesis que avala el hecho de que la equiparación que se pretende otorgar va en contra de la propia voluntad inicial de los convivientes[53].

Así, SOUTO, J.A., afirma que *«frente a ciertas iniciativas, probablemente demagógicas y escasamente fundadas en derecho, lo que es preciso aclarar es si quienes quieren inscribir su unión y obtener efectos jurídicos tienen voluntad matrimonial -asunción de derechos y obligaciones- o simplemente se niegan recíprocamente esos derechos y obligaciones, pero pretenden obtener algunas «ventajas» reconocidas por el derecho a los que tienen la condición legal de cónyuges. Pretender obtener una determinada eficacia jurídica frente a terceros, cuando se niegan esos efectos jurídicos entre las partes, constituye no sólo una incoherencia jurídica, sino un manifiesto abuso de derecho»*[54].

Dejando al margen estas manifestaciones y discusiones doctrinales, se quiere señalar que la comunidad de vida formada por la unión de hecho genera una relación jurídica-familiar[55] a la que progresivamente se le han venido reconociendo en nuestro ordenamiento favorables efectos jurídicos familiares[56], valorándose también, la incidencia de la convivencia en otras relaciones jurídicas[57].

[50] La STC 77/1991, de 11 de abril, FJ 3º, la STC 29/1992, de 9 de marzo, FJ 4º y la STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 2º y 4º, expresan que tratar de manera desigual situaciones desiguales no conculca el mentado principio. Véase la última Sentencia enumerada, FJ 2º, *«No serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir more uxorio».*

[51] Las STC 29/1991, FJ 2º, 30/1991, FJ 4º, 31/1991, FJ 2º, 35/1991, FJ3 º y 38/1991, FJ.2º, de 14 de febrero, señalan 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»*.

[52] Si bien, las parejas estables no pueden prohibirse puesto que es inconstitucional al amparo, entre otros, del principio del libre desarrollo de la personalidad, si que es posible que se establezca una regulación de carácter dispositiva una vez solventados los problemas en materia de competencia, o incluso imperativa, siendo el Estado quien se encargue de aquélla, posibilidad no compartida por el TC en su Sentencia 93/2013, de 23 de abril.

[53] REINA, V. Y MARTINELL, J. Mª, «Irrelevancia de la voluntad ajurídica de los convivientes», ob.cit. pp. 41 y ss, *«La tendencia a juridificar las uniones de hecho o libres corre el riesgo de conculcar la libertad a través de la atribución de efectos jurídicos a lo que la propia libertad inicialmente quiso desprovista de efectos»* de NAVARRO-VALLS.

[54] Visto en CUENAS CASAS M*.,* «Uniones de hecho y abuso de derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio», Diario La Ley, núm. 6210, Sección Doctrina 875/2005, Universidad Complutense de Madrid, p. 3.

[55] Tras la promulgación de la CE a las uniones de hecho se las consideraba una «*simple manifestación de la libertad, del libre desarrollo de la personalidad, de la libertad de elección entre el matrimonio y la soltería, esto es, del derecho a no casarse, pudiendo optar por formar una vida con otra persona. Lo que no estaba nada claro era que esa comunidad de vida generase una relación jurídico-familiar entre sus integrantes, como hoy considero que debe estar fuera de toda duda».* GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V*,* «Analogía…», ob.cit. p. 6.

[56] p.e. en materia de adopción conjunta o de subrogación en el arrendamiento de la vivienda, al reconocer el art. 12 de la LAU este derecho a la persona que hubiera estado conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a de cónyuge, así como, las facilidades en el acceso a viviendas de protección oficial o la modificación de la responsabilidad penal. Además, el art. 101 del CC dispone que el derecho a la pensión se extingue por vivir maritalmente con otra persona.

[57] En las causas de abstención o recusación, la imparcialidad del juzgador, la LOPJ en su art. 219 indica como causa de abstención o recusación la razón de matrimonio o situación de hecho asimilable, o en el caso de la emancipación del menor, la patria potestad, así, el art. 320 del CC establece que el juez podrá conceder la emancipación del menor cuando quien ejerce la patria potestad conviviere maritalmente con otra persona distinta del progenitor.

CAPÍTULO II

EFECTOS JURÍDICOS RECONOCIDOS

Hasta la reforma de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en vigor desde el 1 de enero de 2008, los Tribunales defendían el vínculo matrimonial como condición imprescindible para ser perceptor/a de la pensión de viudedad.

A partir de la entrada en vigor de la citada Ley la situación dio un giro radical al alterarse la configuración de la legislación anterior, permitiéndose al conviviente de hecho supérstite acceder a la pensión de viudedad una vez cumplidos los requisitos a tal efecto exigidos.

Con este planteamiento, este trabajo pretende analizar el beneficio que desde hace unos años se viene reconociendo a los convivientes de hecho.

1. SITUACIÓN ANTES DEL 1 DE ENERO DE 2008

1.1. Beneficiarios

El TRLGSS, en su art. 160, exigía el vínculo matrimonial[58] previo como condicionante de acceso a la pensión de viudedad[59].

Analizando el mencionado precepto se observa que a la hora de configurar el acceso a la pensión sólo consideraba beneficiaria a la viuda[60], cuando al fallecimiento de su cónyuge cumplía una serie de requisitos, y al viudo sólo de manera excepcional.

Por un lado, se requería la existencia de una convivencia habitual con el cónyuge causante o, en el caso de separación judicial, que la Sentencia firme la reconociese como inocente.

Además, si el fallecido era un trabajador por cuenta ajena, tenía que tener completado un periodo de cotización, salvo que la causa del fallecimiento fuera un accidente de trabajo o uno no laboral, o una enfermedad profesional.

Por último, al viudo, además de cumplir los requisitos anteriores, debía encontrarse incapacitado para el trabajo o a cargo de su esposa al tiempo de su fallecimiento.

De esta forma, la legislación establecía un sistema jurídico diferente para otorgar la pensión de las viudas y de los viudos, exigiéndoles a las primeras sólo la previa relación conyugal y la convivencia habitual con el consorte, y a los segundos, además, la incapacidad para el trabajo y la dependencia económica[61]. Estas exigencias adicionales constituían una discriminación por razón de sexo contraria al

[58] El primer requisito a cumplir por el beneficiario es el relativo al estado civil, lo que implica que ha tenido que existir entre el *decuius* y el cónyuge supérstite un vínculo matrimonial.

[59] Según Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Precepto que señalaba que *«1. Tendrán derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción de tal derecho que se establezcan reglamentariamente, la viuda, cuando, al fallecimiento de su cónyuge, se den los requisitos siguientes: a) Que hubiese convivido habitualmente con su cónyuge causante o, en caso de separación judicial, que la sentencia firme la haya reconocido como inocente y b) Que el cónyuge causante, si se tratase de trabajador por cuenta ajena, hubiera completado el período de cotización que reglamentariamente se determine, salvo que la causa de su muerte sea un accidente de trabajo o no laboral, o una enfermedad profesional. 2. El viudo tendrá derecho a pensión únicamente en el caso de que, además de concurrir los requisitos señalados en los apartados a) y b) del número anterior, se encontrase al tiempo de fallecer su esposa incapacitado para el trabajo y a su cargo».*

[60] El Tribunal Supremo, en su Sentencia 1665/1958, de 23 de diciembre, define viuda a *«la mujer que habiendo perdido a su esposo no ha vuelto a casarse, circunstancias que no pueden darse sino cuando antes del fallecimiento del marido se hallaren éstos unidos por legítimo matrimonio».*

[61] *«Este diferente tratamiento legal tiene su origen, esencialmente, en el hecho de que el legislador ha elaborado el sistema de protección social sobre la base de la familia, pero en su concepción tradicional, esto es, la familia integrada por personas que responden a determinados y prefijados papeles: el hombre es el cabeza de familia, mientras que la mujer es la que se ocupa del funcionamiento del hogar y del cuidado de los hijos»* BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., ob.cit. p. 63. En el mismo sentido, la STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5º.

mandato de igualdad ante la ley[62] del art. 14 de la CE, al existir un trato diferenciado ante situaciones iguales, toda vez que la cotización exigida era idéntica para ambos sexos[63] y en la medida en que el vacío económico producido por la mujer trabajadora era equivalente al causado por el marido.

Por ello, el art. 160 del TRLGSS, al contemplar como único criterio diferencial el sexo de la persona, parecía vulnerar el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 de la CE, haciéndose necesario un pronunciamiento del TC. Así, el precepto cuestionado suponía un trato desigual en perjuicio del hombre, desde el momento en que solamente podía ser beneficiario si concurrían determinadas exigencias añadidas.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, la STC 103/1983, de 22 de noviembre, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Magistratura de Trabajo núm. 1 de Madrid referente a la posible inconstitucionalidad del art. 160.2 del TRLGSS, al dar un trato desigual y perjudicial al varón en la aplicación de requisitos distintos en idénticas circunstancias. En el mismo sentido, la STC 104/1983, de 23 de noviembre, en la que la Magistratura de Trabajo núm. 11 de Barcelona planteaba la cuestión de inconstitucionalidad, alegando los mismos argumentos.

En ambas Sentencias el TC declaró inconstitucional y, por tanto, nulo el término «viuda» del párrafo primero y el párrafo segundo del artículo 160 de la Ley citada[64]. Posteriormente, el TRLGSS cambió aquél por el de «cónyuge superviviente».

A la vista de todo lo anterior, se estableció el derecho a la pensión de viudedad para ambos cónyuges en condiciones de igualdad.

Abundando en esta cuestión puede apreciarse la no inclusión de las uniones de hecho como beneficiarias de la prestación. Así, las personas que no cumplían la formalidad del matrimonio se quedaban fuera del campo de protección del precepto, siendo ésta la línea defendida por los Tribunales[65].

No obstante, 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

---

[62] *«El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. De esta suerte, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. El principio de igualdad en la ley no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida»*, FJ 3º de la STC 22/1981, de 2 de julio.

[63] Sin embargo, la STC 103/1983, de 22 de noviembre, en su FJ 3º rechaza la tesis de que a igual cotización, iguales prestaciones.

[64] A la STC 103/1983, de 22 de noviembre, se formula un VOTO PARTICULAR por el Magistrado Don Jerónimo Arozamena Sierra, al considerar que, no es tarea propia del legislador negativo generalizar un régimen de «pensionalidad» prácticamente absoluto. En la misma línea, señala que la revisión del sistema de la SS es una función que compete a los Poderes Públicos, no siendo valido una limitada confrontación entre el art. 160 del TRLGSS y el art. 14 de la CE. Además, considera que el pronunciamiento de la Sentencia no se acomoda al efecto extintivo del la disposición derogatoria tercera de la CE, al que se adhiere el Magistrado Don Francisco Pera Verdaguer, al razonar que la conclusión dada es incompatible con el mandato del art. 9.2 de la CE.

[65] Véase el ATC 156/1987, de 11 de febrero, FJ 2º, *«[…] el contenido del derecho a no contraer matrimonio no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo del fallecimiento de una de las partes integrantes de las uniones de hecho…]»,* así como con la STC 27/1986, de 19 de febrero, FJ 2º. También la STS 3903/2007, de 3 mayo, deniega el derecho a obtener la pensión de viudedad a una persona no casada que, una vez iniciados los trámites para contraer matrimonio con la que persona que venía conviviendo, no pudo celebrar el mismo por haber fallecido su pareja antes del día de la boda. En sentido contrario y de manera excepcional, el TCT en su Sentencia 25 de mayo de 1981 (RTCT 1981/3697), reconoció por primera vez la pensión de viudedad a una mujer que se encontraba unida, por relación extramatrimonial, al trabajador fallecido, con el que tuvo hijos, el cual se encontraba casado con otra mujer con la que había cesado la convivencia años antes.

causas de nulidad, separación y divorcio, en su DA décima, regla segunda, introdujo una excepción, a través de la cual se extendió la pensión de viudedad al conviviente que no hubiera conseguido contraer matrimonio por no haber podido extinguir un vínculo matrimonial anterior. El legislador quiso así resarcir un posible daño a quienes no pudieron casarse, aunque hubieran querido, reconociéndoles el derecho a la pensión.

Esta singularidad exigía una serie de requisitos para su efectivo cumplimiento.

En primer lugar, que los sujetos hubieran convivido como un auténtico matrimonio, es decir concurriendo las notas de estabilidad, comunidad de vida y notoriedad[66].

En segundo lugar, que dicha convivencia tuviera su origen en la imposibilidad de contraer matrimonio por no existir ley que permitiera a uno de los dos cónyuges, o a ambos, disolver el vínculo matrimonial anterior.

Finalmente, que el fallecimiento del sujeto causante se hubiera producido antes de la entrada en vigor de la Ley[67].

Esta normativa sólo protegía a determinados supuestos de convivencia de hecho, motivo por el cual quedaban fuera del enclave normativo de la DA el resto de situaciones[68]. Así vino a clarificarlo el TCT en su Sentencia 10 de marzo de 1987 (RTCT 1987/7064), en la que manifestaba que *«[…] dicha norma intertemporal, aparte de su previsión de una reforma de la legislación en materia de Seguridad Social que ha de valorarse como contemplación del futuro, contiene una expresa determinación de que cause pensión, a favor del sobreviviente, el conviviente en forma marital que no hubiera podido contraer matrimonio con la beneficiaria por anterior vínculo conyugal de cualquiera de ellos. Se trata de una clara referencia al pretérito, o sea, que viene a solucionar las situaciones influidas por la legislación anterior en cuanto que impedía la disolución del vínculo matrimonial y con ello vedaba las nupcias de quienes convivían en forma marital y hubieran deseado casarse; pero no cabe hacerla extensiva a quienes, sin necesidad de la modificación legislativa, habida cuenta de su respectivo estado civil, podían haber contraído matrimonio, mas por su decisión personal no lo hicieron, por lo cual quedaron fuera de la previsión legal […]»* [69].

---

[66] De este modo, el TCT en su Sentencia 16 de octubre de 1986 (RTCT 1986/10735), establece que no pueden incluirse aquellas relaciones que no hubieran supuesto la ruptura de la convivencia dentro del matrimonio anterior de uno de los miembros de la pareja. En LAMARCA I MARQUÉS, A. Y ALASCIO CARRASCO, L., «Parejas de hecho y pensión de viudedad», *Revista para el análisis del derecho: Indret*, pp. 6 y ss. Por tanto, ha de tratarse de una convivencia de hecho entre hombre y mujer, quedando excluidas las relaciones personales del mismo sexo y las relaciones ocultas o secretas en BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., ob.cit. p. 127.

[67] Requisito interpretado de manera flexible por parte de la doctrina judicial, ampliándose la protección a aquellos supuestos en los que el fallecimiento se hubiera producido poco después de la entra en vigor de la L, de forma, que a pesar de la diligencia empleada por la pareja, no se hubieran podido completar los tramites para contraer matrimonio por no mediar tiempo suficiente. En este sentido, la STC 260/1988, de 22 de diciembre. Para el TC *«[…] exige la inclusión, en el ámbito de aplicación de la misma, de supuestos como el ahora examinado […] pues una interpretación literal del requisito temporal referente al fallecimiento del causante […] es injustificadamente discriminatoria […]»* FJ 4º.

[68] De este modo, la STC 27/1986, de 19 de febrero, FJ 2º, la STS 20622/1992, de 29 de junio, F. 3º, o la STS 6874/1998, de 19 de noviembre, F. 2º, niegan la posibilidad de que el conviviente *more uxorio* supérstite acceda a la pensión de viudedad. En sentido contrario y remarcando el carácter de «excepcional» señalar la Sentencia del TSJ de Canarias 1561/2003, de 7 de noviembre, a través de la que se ha reconocido la pensión de viudedad a una pareja estable. La justificación de la misma es que a pesar de mostrar su voluntad para regular su situación -un miembro de la pareja es transexual- y contraer matrimonio, materializando actuaciones a tal fin -intervención quirúrgica y demanda sobre modificación de inscripción en el RC, pretendiendo cambiar de nombre y sexo-, el varón fallece dieciocho días antes de que la Sentencia, de signo estimatoria, adquiriese firmeza, lo cual lleva al Tribunal a afirmar que la actora y su compañero sentimental, al contrario que los casos contemplados, eligieron libremente asumir los deberes conyugales, y a tal fin removieron los obstáculos legales que les impedían contraer matrimonio y es por ello que su caso merece atención individualizada y le hace acreedora de la prestación de la SS. Así lo recoge su F. 3º.

[69] Además, la Sentencia del TCT 1 de septiembre de 1986 (RTCT 1986/5517), remarca esta cuestión *«La exigencia del vínculo matrimonial únicamente ha sido eliminada por la Ley 30/1981[…] sin crear una nueva pensión distinta a la tutelada por la Seguridad Social, extiende el campo de protección a los convivientes de*

De este modo, las parejas heterosexuales que podían contraer matrimonio quedaban excluidas, ya que solo tenían derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales aquellos sujetos entre los que mediase un impedimento como era la imposibilidad de disolución del vínculo afectivo anterior[70].

Ante esta cuestión, surgió la duda de si las uniones de hecho homosexuales existentes podrían tener cabida en la citada DA, al no poder los convivientes contraer matrimonio por impedimento de la legislación entonces vigente.

En este sentido, los Tribunales no se mostraban partidarios de aplicar analógicamente esta DA al caso mencionado[71], al no concurrir el supuesto de hecho previsto en la normativa, limitando sus efectos a la situación jurídica en la que se encontraban las parejas de hecho heterosexuales, que, aún queriendo, no podían contraer matrimonio ante la imposibilidad legal de disolver por divorcio un anterior vínculo conyugal[72].

Con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, esta situación cambió totalmente[73]. Tras la modificación producida en la legislación, las parejas homosexuales, al contraer matrimonio y regular su unión, podían acceder a la pensión de viudedad[74].

No obstante, con la aplicación de esta norma permanecía el problema para aquellas uniones que no podían cumplir el requisito del vínculo matrimonial por haber fallecido uno de los miembros de la pareja antes de la entrada en vigor de la Ley, porque ésta carecía de una disposición que permitiera la retroactividad de sus efectos jurídicos, semejante a la introducida en la Ley 30/1981. Así, el sobreviviente de la pareja homosexual se siguió encontrando con un impedimento legal para acceder a la pensión de viudedad, al adoptar el INSS la postura de denegar[75] al supérstite de la

---

hecho que no hayan podido contraer matrimonio por impedimento legal, no siendo éste el supuesto, y exigiendo la condición de beneficiario de la pensión de viudedad la existencia de un vínculo matrimonial, no es lícito del juzgador invadir un sector competencial ajeno, cual es el legislativo, extendiendo el campo o acción protectora de la Seguridad Social a los unidos por una convivencia […]». En relación a este planteamiento algunos autores se han formulado la siguiente cuestión *¿existe discriminación entre la convivencia de hecho estable, contemplada en la DA, y las restantes convivencia de hecho?* Al tenor del art. 41 CE no parece lógico excluir del sistema a aquellas personas que no hayan querido legalizar una situación de hecho. BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., ob.cit. pp. 195 y ss. CARDENAL CARRO, M., «La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional (I)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. V parte Tribuna,* p. 2 y ss.

[70] LÓPEZ HERNÁNDEZ, C.V., «La nueva noción del matrimonio: visto por el Tribunal Constitucional», La Ley 1094/2013, p. 3. Así, la STC 184/1990, de 15 de noviembre, señalaba en su FJ 1º que las uniones de hecho heterosexuales quedaban excluidas del acceso a la pensión porque pudiendo acceder al matrimonio decidían libremente no hacerlo y, por tanto, al no cumplir con los requisitos legales, debían asumir las consecuencias.

[71] En este sentido la STSJ de Cataluña 5158/2006, de 6 de junio, deniega la pensión al miembro de una pareja de hecho homosexual que no pudo contraer matrimonio por impedírselo la normativa vigente, F. 1º. *«Las parejas homosexuales ni pueden acceder al matrimonio, ni se les reconocen a sus uniones los mismos efectos jurídicos que a las de heterosexuales, y esto sin dar ninguna razón de justicia o convivencia social o de lesión de derechos […]»* BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., ob.cit. p. 49.

[72] La STS 313/2002, de 15 de marzo, en su F. 2º dispone que *«el reconocimiento de la unión de hecho a efectos del reconocimiento de prestaciones sociales sólo tiene justificación respecto de quienes no pudieron contraer matrimonio por la existencia de un matrimonio anterior que no pudo disolverse al prohibirlo la legislación vigente y hasta la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo el divorcio como causa de disolución del matrimonio»* o SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Mª O., «Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares», Vlex, p. 18. Así, la STC 93/2014, de 12 de junio, señala en su FJ 3º que *«las uniones homosexuales quedaban fuera de la esfera de protección porque la configuración del matrimonio en aquel momento era una configuración clásica o tradicional del mismo, que respondía a la idea de que las uniones homosexuales tenían una funcionalidad distinta dentro de la sociedad»*, entendiendo además que *«ha de ser, por tanto, el legislador el que, en su caso, decida al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance»* .

[73] POQUET CATALA, R., «Pensión de viudedad en matrimonios homosexuales», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 1/2013 parte Estudio,* pp. 4 y ss.

[74] KAHALE CARRILLO, D.T., «La incidencia de la pensión de viudedad en los matrimonios homosexuales», La Ley 125/2008, Universidad de Salamanca, pp. 2-5.

[75] FOTINOPOULOU BASURKO, O., «El reconocimiento retroactivo de la pensión de viudedad a las parejas», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 10/2006 parte Estudio,* pp. 3 a 5.

unión homosexual la pensión, argumentando el no cumplimiento del requisito matrimonial.

En sentido contrario, ciertos autores defendieron la aplicación analógica de la DA de la Ley 30/1981 mencionada anteriormente, basándose en la DA primera de la Ley 13/2005, en la que se establece que *«las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes».* La idea pretendida era una lectura amplia de la DA décima, regla segunda, en la medida en que las parejas homosexuales, al igual que las heterosexuales allí referidas, no pudieron contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente, y en el año 2005[76] tampoco podían hacerlo por haber fallecido su pareja de hecho.

Así con todo, la doctrina judicial ha rechazado de forma prácticamente unánime la aplicación analógica en estos supuestos. En este sentido, véanse por todas la STSJ de Madrid 437/2006, de 18 de septiembre, F. 6º, la STSJ de Andalucía (Granada) 350/2009, de 11 de febrero, F. 2º, y la STSJ de Cataluña 3020/2008, de 9 de abril, F. 2º. En contraposición, la SJS de Palma de Mallorca 35/2006, de 26 de enero, en su F. 2º, al señalar que *«el triple requisito es el mismo, convivencia de la pareja […] imposibilidad de contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 y el fallecimiento del causante con anterioridad a ello»,* y la STSJ de Asturias 5166/2007, de 16 de noviembre F. único.

En efecto, son muchos los recursos presentados ante los Tribunales en base a la idea de que la Ley 13/2005 establece una discriminación vulneradora del art. 14 de la CE, al no admitir la retroactividad de sus disposiciones en casos de uniones homosexuales, frente a las parejas heterosexuales, a las que se les permitió, sosteniendo además que, a diferencia de aquéllas, los homosexuales no podían contraer matrimonio.

Pese a la polémica planteada, del análisis de la jurisprudencia de los distintos Tribunales se destaca la no apreciación de la alegada discriminación constitucional, estimando el Tribunal Supremo, en su Sentencia 3689/2009, de 29 de abril, el recurso para la unificación de doctrina (núm. 577/2008) interpuesto por el INSS en el que defendía la no procedencia del reconocimiento de la pensión de viudedad, cuando el fallecimiento de la pareja de hecho homosexual acaece antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005.

La conclusión del órgano judicial fue que, al carecer la norma de una disposición retroactiva, sus efectos jurídicos sólo tenían efecto *ex nunc* o sea, carácter prospectivo y no retroactivo[77]. Además, señala en su F. 4º que «*si el legislador hubiera querido darle aplicación retroactiva lo hubiera dicho, y si el derecho ahora regulado fuera inconstitucional por discriminatorio ya hubiera sido reconocido por el Tribunal Constitucional así como el derecho consiguiente a la pensión de viudedad*»[78].

A la vista de todo lo anterior, el vínculo matrimonial era un requisito indispensable en el acceso a la pensión de viudedad, y de manera excepcional, se admitía la inclusión de las parejas de hecho.

Sin embargo, las STC 77/1991, de 11 de abril, FJ 3º, y 29/1991, de 14 de febrero, FJ 2º, entre otras, trasladaban el tema al legislador, en la medida en que

[76] Véase, MELLA MÉNDEZ, L.*,* «El concepto pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2012 parte Estudio*, BIB 2012/17, pp. 1 y ss. o DESDENTADO DAROCA, E.*, La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*, Bomarzo SL, ed. primera, 2009, pp. 72 y ss.

[77] En este sentido, la STC 124/2014, de 21 de julio, FJ 4º.

[78] La polémica suscitada se verifica con el VOTO PARTICULAR de cinco Magistrados (Don Fernando Salinas Molina, Don Luis Fernando de Castro Fernández, Don Jordi Agusti Julia, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga y Doña Rosa María Viroles Piñol) que acompaña a la Sentencia en el cual se defiende la aplicación retroactiva de sus disposiciones.

señalaban que se podría extender a las uniones de hecho los beneficios de la pensión de viudedad, puesto que constitucionalmente era posible, pero continuaban expresando que tal protección no tenía por qué prestarse a través de la pensión de viudedad, ya que su configuración no respondía a la finalidad de atender situaciones de necesidad[79].

1.2. Problemas de posible inconstitucionalidad

El TC, como se ha indicado, viene manteniendo la no equivalencia entre la convivencia de hecho y el matrimonio, así como la posible desigualdad de efectos que pudiera existir entre ambas realidades[80]. Asimismo, si el legislador ha querido atribuir una serie de efectos a una institución en menoscabo de otra, las personas que libremente deciden optar por ésta o aquélla, ya conocen sus derechos, situación distinta es la existencia de un impedimento legal para contraer nupcias.

De este modo, se ve preciso determinar si las diferencias jurídicas entre la simple unión y el matrimonio pudieran ser inconstitucionales[81], aclarando el TC en diversos pronunciamientos acerca de la normativa de Seguridad Social referente a la pensión de viudedad y la posibilidad de que ésta pudiera vulnerar ciertos artículos de la Constitución Española, conviene señalar que la denegación de la pensión de viudedad al conviviente *more uxorio* no vulnera el principio del libre desarrollo de la personalidad recogido en el art. 10.1[82], el principio de igualdad y no discriminación del art. 14[83] y tampoco el art. 39 relativo a la protección de la familia[84].

2. SITUACIÓN DESPUÉS DEL 1 DE ENERO DE 2008

El cambio legislativo en la configuración del régimen jurídico de la pensión de viudedad era una cuestión que tarde o temprano tenía que ser tratada por el legislador. La exigencia del vínculo matrimonial para su reconocimiento no era sino consecuencia de la mentalidad de la sociedad de entonces[85].

---

[79] Así el TC en su Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 4º, establece que la finalidad de la pensión es compensar frente a un daño, cual es la falta o aminoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la muerte de uno de los cónyuges. A este respecto, la doctrina se ha encontrado dividida en la configuración de un nivel contributivo y asistencial, ocupándose el primero de los cónyuges, y el segundo, de las uniones no matrimoniales en situación de necesidad. Dividida por entender que si la CE en su art. 39.1 garantiza la protección de las uniones de hecho se debería optar por la ampliación del ámbito subjetivo e incluir al conviviente supérstite como beneficiario de la misma.

[80] En el ATC 788/1987, de 24 de junio, FJ 1º, se recogen estos razonamientos.

[81] NAVARRO ROLDÁN, R., «Pensión de supervivencia. Presente y futuro de la pensión de viudedad», La Ley, grupo Wolters Kluwer. ed. primera, 2006, pp. 123 y ss.

[82] Remisión a la nota de pie de página 10.

[83] El ATC 174/2004, de 11 de mayo, FJ 2º y 3º, señalan está cuestión. Según palabras del TC el art. 14 de la CE no se vulnera pues no existe discriminación por circunstancia social. No puede considerarse que la legislación trate de excluir socialmente a las parejas que no hayan contraído matrimonio. Lo contrario sería afirmar que de este artículo deriva la parificación de trato en todos los aspectos, de los derechos y deberes de las parejas que hubieran o no contraído matrimonio, lo cual no puede deducirse del Texto constitucional. Asimismo, se produciría una vulneración del principio de igualdad del art. 14, en relación a los mandatos de su art. 41, al no haber una justificación razonable, sino opuesta a las previsiones constitucionales, de la diferencia de tratamiento. Véase RUANO ALBERTOS, S., en AA.VV. *«Criterios jurisprudenciales y judiciales en torno a los beneficiarios de la pensión de viudedad»,* en la pensión de viudedad. Régimen vigente y perspectivas de futuro. Revista de seguridad social y laboral. Tribuna Social nº 209. CISS. Grupo Wolters Kluwer, Valencia, mayo 2008, pp. 54 y ss. Léase la STC 199/2004, de 15 de noviembre, FJ 6º. BARBER CÁRMANO, R., «La incidencia del principio de igualdad ante la ley sobre el matrimonio no inscrito (Consideraciones entorno a la STC 199/2004, de 15 de noviembre, RTC 2004,199), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 4/2005 parte Estudio,* pp. 6 y ss.

[84] Véase la STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2º. Además, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Las parejas de hecho», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol. I 1993 parte Estudio,* p. 8.

[85] GARCÍA NINET, J.I., en AA.VV. «Acerca de la pensión de viudedad» en la pensión de viudedad. Régimen vigente y perspectivas de futuro. Revista de seguridad social y laboral. Tribuna Social nº 209. CISS. Grupo Wolters Kluwer, Valencia, mayo 2008, pp. 6 y ss. Además, la extensión de la pensión de viudedad a las parejas de hecho venía siendo reclamada por la doctrina, y ya el legislador había apuntado la voluntad de llevarla a cabo en la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, en su DA quincuagésima cuarta.

2.1. Beneficiarios

La Ley 40/2007 vino a introducir dos supuestos en virtud de los cuales a los convivientes *more uxorio* se les reconoce el acceso a la pensión de viudedad que taxativamente se les venía denegando. Por un lado, un supuesto general y ordinario encuadrado en el art. 174.3 del TRLGSS y, por otro, uno transitorio y especial[86], que tiene cabida en la DA tercera de la citada Ley, tomando en consideración la fecha del hecho causante, el primer supuesto se aplica cuando aquél se produzca con posterioridad a la entrada en vigor de la normativa y empleándose el segundo cuando hubiera ocurrido con anterioridad a la misma[87].

La determinación de los beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia es compleja, en la medida en que opera a través de la relación con el sujeto causante.

Así, siendo el sujeto causante aquél cuyo fallecimiento produce la situación de necesidad protegida[88], ha de añadirse que, de acuerdo con el art. 174.1 del TRLGSS, el supérstite tendrá derecho a la pensión de viudedad, si al fallecer aquél como consecuencia de enfermedad común se encontrase en alta[89] o situación asimilada al alta[90], habiendo completado un periodo de cotización de quinientos días dentro de un periodo ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento o a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, si el causante se encontrase en situación de alta o asimilada sin obligación de cotizar[91].

---

[86] Supuesto cuya vigencia ya se agotó el 31 de diciembre de 2008. La solicitud de dicha pensión fue concebida para el periodo de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la norma. «Apartado e). de la citada DA». La STSJ de Madrid 540/2010, de 23 de septiembre, en su F. único, señala que *«al fijar un efecto económico a 1 de enero de 2007 el legislador ha querido imponer una regla que es la de que la solicitud, que es la que marca el momento de los efectos económicos, en ese caso se presente en un plazo determinado, el de un año, de tal forma que todas las solicitudes que se presenten superado ese año ya no gozaran de la retroactividad económica que ha querido el legislador, siendo en esos caso aplicable el plazo general de los tres meses».* Así, se le reconoció la pensión de viudedad a una persona que el 17 de marzo de 2009 solicito la citada pensión con efectos económicos de fecha 17 de diciembre de 2008. Sin embargo, el TS estimo el RCUD núm. 3558/2011 interpuesto por el INSS en su Sentencia 4826/2012, de 13 de junio, estableciendo en su F. 3º que el requisito de presentación de la solicitud en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la L es un presupuesto para el acceso a la pensión.

[87] LÓPEZ CUMBRE, L., en AA.VV. «Los nuevos pensionistas de viudedad» en la pensión de viudedad. Régimen vigente y perspectivas de futuro. Revista de seguridad social y laboral. Tribuna Social nº 209. CISS. Grupo Wolters Kluwer, Valencia, mayo 2008, p. 45 *«Reclamado desde antiguo, se trata de adaptar el Estado social a la realidad social y propiciar una protección social exenta de reticencias religiosas, morales o sociales que carece de sentido en pleno siglo XXI. Extender la pensión de viudedad a las parejas de hecho constituye un avance sin precedentes».*

[88] De acuerdo con el art. 172.1 del TRLGSS pueden ser sujetos causantes las personas incluidas en el campo de aplicación del régimen general, los perceptores de determinadas prestaciones periódicas (incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural) y los pensionistas por incapacidad permanente y jubilación en su modalidad contributiva.

[89] Las personas incluidas en el campo de aplicación del RGSS deben, en principio, estar en alta o situación asimilada (art. 172.1.a) del TRLGSS). Además, a los perceptores de las prestaciones periódicas si no estuvieran en alta, el art. 172.1.b) del TRLGSS parece que les exime de su cumplimiento, pues, al contrario que en los supuestos de la letra a), no se hace referencia al mismo. Asimismo, el requisito del alta no es exigible para los pensionistas de incapacidad permanente y jubilación en la modalidad contributiva. Por último, el alta actúa de pleno derecho cuando la muerte deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional (art. 125.3 del TRLGSS).

[90] Se consideran situaciones asimiladas a la de alta a efectos de esta prestación, entre otras, la situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro voluntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo, la excedencia forzosa, la suscripción de convenio especial en sus diferentes tipos, los periodos de inactividad entre trabajos de temporada, la situación de incapacidad temporal que subsista una vez extinguido el contrato, la situación de prórroga a efectos de la incapacidad temporal y el traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.

[91] Si bien, en el caso de los trabajadores con contratos a tiempo parcial, para acreditar el periodo de cotización exigido, se aplicarán las reglas establecidas en el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, Protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Además, cuando se trate de trabajadores en el Sistema especial para empleados de hogar, desde 2012 hasta 2018, las horas efectivamente trabajadas se determinarán en función de las bases de cotización referidas en la DA 39 apartado 2.a) de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de

Además, la ley admite el acceso a la prestación aun cuando no se cumpla el requisito del alta, siempre que se acredite un periodo mínimo de cotización de quince años, exigiéndose también, estar al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social en el caso de que el fallecido fuera el responsable del ingreso de las cotizaciones.

No obstante, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período de cotización previo, pero esta regla no es aplicable cuando quien fallece como consecuencia de un accidente no laboral incumple el requisito del alta, en cuyo caso será necesario acreditar el periodo de cotización cualificado de quince años.

2.2. Supuesto transitorio

La Ley 40/2007, a diferencia de la Ley 13/2005, introdujo, bajo el nombre de «Pensión de viudedad en supuestos especiales», una disposición con eficacia retroactiva que permitió al supérstite de la pareja de hecho acceder a la pensión de viudedad, cuando el fallecimiento del sujeto causante se hubiera producido con anterioridad al 1 de enero de 2008, fecha de su entrada en vigor.

En principio, esta disposición supone una ruptura respecto de la doctrina judicial mantenida en relación a las uniones de hecho homosexuales, superándose así, su tradicional exclusión[92].

De la lectura de la DA tercera de la Ley de medidas en materia de Seguridad Social se desprenden los requisitos que tiene que cumplir el sobreviviente de la pareja de hecho para poder ser beneficiario de la nombrada pensión.

En primer lugar, que a la muerte del sujeto causante y cumpliendo los requisitos generales, de alta y cotización, no se hubiera podido causar derecho a la pensión de viudedad.

Asimismo, que el beneficiario hubiera mantenido con el causante una convivencia interrumpida, como pareja de hecho durante al menos los seis años anteriores a su fallecimiento, en los términos establecidos en el art. 174.3 inciso primero del TRLGSS. Por tanto, ha de justificarse la condición de no estar impedido para contraer matrimonio, no tener vínculo matrimonial con otra persona y acreditar mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del sujeto causante.

Además, se requiere a la pareja hijos comunes, colisionado dicho requisito con el posible acceso de las uniones homosexuales a la pensión de viudedad[93].

Por último, se exige que, el beneficiario no tuviese reconocido derecho a la pensión contributiva de la Seguridad Social, tratándose así, de una pensión residual. En este sentido, se ha argumentado que cabría reconocer el derecho a esta pensión a un pensionista de viudedad que solicitase de nuevo aquélla por la convivencia de

---

Seguridad Social. Asimismo, los requisitos generales exigidos para causar el derecho en los Regímenes Especiales son estar en alta o en situación asimilada al alta en el Régimen correspondiente, reunir el periodo mínimo de cotización exigido, en su caso y estar al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

[92] RUBIO TORRANO, E., «Pensión de viudedad al supérstite de pareja homosexual» *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2013 parte Tribuna*, pp. 1 y 2.

[93] DESDENTADO DAROCA, E.*,* «Homosexualidad y pensión de viudedad. Una reflexión crítica sobre los problemas de Derecho transitorio», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 10/2009 parte Estudio,* p. 12, *«El reconocimiento retroactivo del derecho a la pensión de viudedad es un acto discrecional del legislador, por lo que es admisible que los requisitos exigidos sean diferentes y más restrictivos que los previstos para el régimen permanente. El problema no es que el régimen sea diferente, sino que pueda ser arbitrario. Y aquí se plantea la duda, porque, aunque formalmente la disposición adicional 3ª de la Ley 40/2007 no diferencia entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales, lo cierto es que uno de los requisitos que exige -la existencia de hijos comunes- resulta de difícil cumplimiento para las parejas del mismo sexo. El interrogante no se hace esperar: ¿está justificado este requisito? Y, en todo caso, ¿vulnera el art. 14 CE en relación con las parejas homosexuales?».*

hecho, al ser la cuantía final más ventajosa. Sin embargo, siguiendo un tenor literal del precepto no podría reconocerse, pues el mismo excluye a los beneficiarios que ya tuvieran reconocida una pensión contributiva de Seguridad Social[94].

En relación a la exigencia de hijos comunes ha surgido una gran controversia doctrinal en la medida en que el cumplimiento del requerimiento no es muy factible en las parejas de hecho del mismo sexo[95], resultaba imposible en caso de hijos biológicos y de muy difícil cumplimiento en la práctica si se trata de hijos adoptivos[96].

Así, el JS núm. 33 de Barcelona planteó una cuestión de inconstitucionalidad[97] fundamentada en que la exigencia de hijos[98] comunes prevista en la normativa puede colisionar con el principio de igualdad y prohibición de discriminación del art. 14 de la CE, estimando el TC dicha pretensión en su Sentencia 41/2013, de 14 de febrero, al analizar si el requisito legal de tener hijos comunes responde a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada, determina en su FJ 9º que aquél *«constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley recogido en el art. 14 CE, puesto que la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial, sino que además conduce a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento, por razones biológicas o jurídicas, la exigencia de haber tenido hijos comunes»,* asimismo, al declarar nulo el controvertido requisito, el debate suscitado concluye con su pronunciamiento[99].

---

[94] Léase en MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La reforma de las prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación y viudedad efectuada por la Ley 40/2007 de medidas en materias de seguridad» en *Legislación social (2006-2008): Análisis crítico,* Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2008, pp. 255-256.

[95] DESDENTADO DAROCA, E.,«La difícil inclusión de las parejas del mismo sexo en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007» en *La pensión de viudedad…* ob.cit. pp.123 y ss. o MORENO GENÉ, J.*,* «Pensión especial de viudedad para parejas de hecho sin hijos comunes», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 2/2013 parte Estudio,* pp. 1 y ss.

[96] La Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, permite en parejas de mujeres que sean hijos biológicos. Además, con anterioridad a la Ley 13/2005 la adopción conjunta estaba reservada a las personas unidas en matrimonio (que entonces era sólo heterosexual) y, tras la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y otras formas de protección de menores, a las parejas de hecho de distinto sexo (DA tercera). Asimismo, la adopción individual del hijo biológico de la pareja aunque no estaba limitada de forma expresa a la pareja de sexo diferente, una interpretación acorde con las reglas de la adopción conjunta llevaba a considerar necesaria la heterosexualidad. No obstante, las CCAA, al regular las parejas de hecho, adoptaron un criterio más abierto, permitiendo la adopción conjunta y la adopción individual del hijo de la pareja cuando se tratara de homosexuales. Véase el art. 11 de la Ley de Cantabria o el art. 8 de la Ley del País Vasco. Así, durante el período que media entre la L 13/2005 y la L 40/2007 la pareja homosexual pudo tener hijos en común, bien sea mediante la adopción conjunta o mediante la adopción del hijo biológico de uno de los miembros de la pareja. Por su parte, el requisito con anterioridad a la L 13/2005 resulta muy difícil de cumplir por la parejas homosexuales e incluso en algunos casos imposible. Además, la posibilidad de adopción en las CCAA es muy limitada.

[97] A través del Auto de 11 de noviembre de 2008. En contra de esta afirmación, p.e. la STSJ de Castilla la Mancha 1213/2009, de 9 de julio, la cual no considera discriminatorio el requisito enunciado en la DA. En su F. 3º *«alega la recurrente que la exigencia de tener hijos comunes puede suponer vulneración del art. 14 de la Constitución, pero debe recordarse que el propio Tribunal Constitucional ya dictaminó, en relación con la pensión de viudedad, que el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales».*

[98] Más aún, cuando se trata de un requisito que sólo debe cumplir quienes vayan acceder a través de la pensión especial de viudedad. Por tanto requisito exigido para los que accedan a través de la DA, pero no para quienes lo hagan mediante el art. 174.3 del TRLGSS. Véase el antecedente 3º de la STC 41/2013, de 14 de febrero.

[99] Aun así, dicha Sentencia contiene un VOTO PARTICULAR (del Magistrado Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel al que se adhieren Don Ramón Rodríguez Arribas, Don Andrés Ollero Tassara y Don Juan José González Rivas) en el que se establece que el requisito de la DA para acceder a la pensión de viudedad si que es razonable. Argumento defendido en la medida en que «*el legislador decidiera utilizar el hecho de haber tenido descendencia común como criterio de selección de la situación merecedora de protección no puede considerarse carente de justificación objetiva y razonable, atendidos los limitados recursos económicos del sistema de Seguridad Social. Haber tenido hijos en común implica la existencia de mayores cargas familiares, anteriores y/o posteriores al hecho causante, cuya atención incide en todo caso sobre la capacidad económica*

De este modo, esta pensión de viudedad no trata de proteger a todas las uniones anteriores a la entrada en vigor de la Ley, sino sólo a aquellas que, por sus circunstancias especiales, son merecedoras de una protección retroactiva. Además, los requisitos que exige para poder acceder a la pensión no coinciden con los que enumera, para el supuesto general y ordinario, el art. 174.3 del TRLGSS, requiriéndose seis años de convivencia, frente a los cinco años establecidos con carácter general.

No obstante, no se puede afirmar que dichos requerimientos vengan a contradecir el principio de no discriminación, pues no existe por parte del legislador una obligación de extender la protección con carácter retroactivo.

En efecto, a través de esta vía han optado a la pensión de viudedad sujetos a los que previamente se les había denegado la misma al no cumplir la legislación vigente del momento, la cual sólo se reconocía a los cónyuges, y en un caso excepcional a las uniones de hecho heterosexuales.

Cabe citar un caso de una mujer de etnia gitana casada por el rito gitano, que llevaba 30 años de vida en común con el causante, con el que tenía 6 hijos, a la que una SJS de Madrid de 12 de mayo de 2002 le había reconocido el derecho a la pensión, siéndole denegada posteriormente mediante la STSJ de Madrid 15218/2002, de 7 de noviembre y la STC 69/2007, de 16 de abril, al entender que se trababa de una relación *more uxorio* y no de un matrimonio[100], siguiendo la línea de otros pronunciamientos. Finalmente, en aplicación de la DA tercera de la Ley 40/2007 se le concedió a la actora la pensión de viudedad[101].

También, y en sentido contrario, el caso de un varón a quien el INSS le denegó la pensión de viudedad al ser el supérstite de una unión de hecho, ratificando la postura una SJS de Madrid de 20 de octubre de 2004 y la STSJ de Madrid 257/2005, de 21 de abril, al actor no se le reconoció la prestación por no cumplir todos los requisitos descritos en la DA[102].

2.3. Supuesto general

El TRLGSS establece los requisitos específicos que debe cumplir el supérstite de la unión de hecho para disfrutar de la pensión en su art. 174.3, enumerando dos tipos diferenciados, por un lado, los de origen económico regulados en los párrafos

---

del superviviente. Su valoración por el legislador, por tanto, encaja perfectamente en la lógica de esta prestación dirigida a compensar el daño que la muerte del causante produce en el beneficiario por la falta o minoración de ingresos de los que participaba, sin que resulte desprovisto de sentido presumir que este daño es mayor cuando han existido hijos comunes». Además, continua exponiendo que *«resulta completamente acorde con el deber constitucional de que la ejecución del gasto público, en este caso en materia de prestaciones de Seguridad Social, se realice de acuerdo con el principio de eficiencia»*. Finalmente, se puntualiza que *«anulado el mismo, la regulación legal queda seriamente menoscabada en su lógica».*

[100] El matrimonio a través del rito gitano no produce los efectos de la institución matrimonial. La actora basaba su argumento en el convencimiento de buena fe de que el matrimonio celebrado conforme a sus costumbres gitanas era totalmente válido, no entendía el motivo por el cual no se consideraba un matrimonio nulo de buena fe que sería susceptible de otórgale la pensión. La recurrente elevo el caso al TEDH «Caso Muñoz Díaz contra España. Sentencia 8 de diciembre de 2009». SANZ CABALLERO, S., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las uniones de hecho», *Publicación: Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 8/2003 parte Estudio,* pp. 5 y ss.

[101] Véase DESDENTADO DAROCA, E., «La difícil inclusión de las parejas del mismo sexo en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007» en *La pensión de viudedad…* ob.cit. pp. 55 y ss. En el apartado denominado «matrimonio único y pluralidad de formas de celebración. El rito gitano y la STC 69/2007» o GRACIA ALEGRÍA, G., en AA.VV. «Análisis: Matrimonio celebrado por rito gitano (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007), Revista de seguridad social y laboral. Tribuna Social nº 205. CISS. Grupo Wolters Kluwer, Valencia, enero 2008, pp. 49 y ss.

[102] El INSS mediante resolución de 1 de febrero de 2008 le deniega el acceso a la pensión por no haber mantenido una convivencia ininterrumpida con la causante durante los seis años inmediatamente anteriores a su fallecimiento. En el certificado de empadronamiento, figuran inscritos en el mismo domicilio desde el 2 de enero de 1998, y el fallecimiento se produjo el 21 de enero de 2003. MORENO GENÉ, J., «La "pensión especial" de viudedad de las parejas de hecho: la prueba de la convivencia estable», *Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. núm. 60/201017/2010 parte Presentación,* pp. 1 y ss.

primero a tercero del precepto y por otro, los relativos a la configuración de la pareja de hecho establecidos en los párrafos cuarto y quinto.

Estos requisitos resaltan como la extensión del ámbito subjetivo de la pensión de viudedad no alcanza a toda la convivencia de hecho, sino únicamente a aquellas parejas con convivencia estable, en las que el sobreviviente acredite cierta dependencia económica[103].

En relación a los requisitos configuradores de la unión, el TRLGSS establece un concepto concreto de «pareja de hecho» aplicable sólo al territorio sujeto al ordenamiento común, ya que a tenor del art. 174.3 párrafo quinto «*en las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia […], la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica».*

Como habrá ocasión de analizar, el Tribunal Supremo Sala Cuarta de lo Social, planteó la cuestión de inconstitucionalidad (núm. 932/2012) con relación al párrafo quinto del art. 174.3 del TRLGSS, por posible vulneración del art. 14 de la CE[104].

No obstante, antes de entrar en el análisis de la cuestión planteada, se han de señalar otros asuntos que en materia de parejas de hecho sirven para delimitar esta realidad social en términos prestacionales.

De este modo, el art. 174.3 del TRLGSS considera pareja de hecho a «*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».*

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

Como se infiere del mismo, el legislador exige varios requisitos bien diferenciados para que los convivientes *more uxorio* puedan disfrutar de la pensión de viudedad.

El primer requisito es la existencia de una relación de afectividad análoga a la conyugal[105], que, tras la Ley 13/2005, puede ser de tipo heterosexual u homosexual, excluyéndose taxativamente del precepto las relaciones basadas en otros sentimientos o intereses tales como las de carácter familiar, económico o la simple amistad.

El segundo, es la ausencia de impedimento para contraer matrimonio. No debe existir una imposibilidad legal en virtud de la cual la pareja no pueda contraer matrimonio, sino que debe tratarse de una decisión propia y libre, remarcándose que habrían podido casarse, si hubieran querido.

---

[103] SASTRE IBARRECHE, R., «Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 15/2007 parte Estudio,* pp. 7 y ss o MARTÍNEZ ABASCAL, VA., «La evolución normativa en el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 17/2010 parte Estudio,* pp. 7 a 9.

[104] Véase ALZUETA GOYENECHE, L., «Pensión de viudedad de parejas de hecho: diferencias no justificadas entre Comunidades Autónomas», *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 2/2014 parte Fichas de Jurisprudencia,* p. 2.

[105] En el sentido del F. 3º de la STSJ de la Comunidad Valenciana, 943/2010, de 25 de marzo. Además, ha de interpretarse como una remisión a los arts. 66, 67 y 68 del CC, entendiéndolo así, MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La reforma de las prestaciones…» ob.cit. p. 232.

De esta forma, los menores de edad no emancipados, los ligados por vínculo matrimonial, los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, los colaterales por consanguinidad hasta tercer grado, los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos y los afectados por deficiencias o anomalías psíquicas, al no poder contraer matrimonio, no se constituirán como pareja de hecho[106].

No obstante, tíos y sobrinos cuando no desempeñen el rol social y cultural que ordinariamente cabe esperar[107], podrán contraer matrimonio[108], al establecerse en el art. 48 del CC que el Juez de Primera Instancia, con causa justa[109] y a petición de parte interesada, puede dispensar el impedimento de grado tercero a partir de los catorce años entre colaterales. Además, el Ministerio de Justicia también puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior.

De este modo, ha de valorarse que ocurriría si dicha dispensa se solicitara para formar una relación *more uxorio*. La Ley de Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho, establece en su art. 4.4.e) que no podrán inscribirse en el Registro de Parejas de Hecho las uniones entre parientes en línea colateral por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado, así, siendo tíos y sobrinos parientes de tercer grado, al cumplir los requisitos de acreditación, podrán constituir legalmente una relación de hecho. Si bien, previendo el TRLGSS en su art. 174.3 un concepto cerrado de pareja de hecho, al no cumplir la exigencia de no hallarse impedidos para contraer matrimonio, no podrán en principio generar, a juicio de la Sección de Prestaciones de Supervivencia de la Dirección Provincial del INSS de Cantabria, pensión de viudedad. Si bien, entiende que, al poder tío/a y sobrino/a generar aquélla mediante matrimonio, cabría la «pequeña» posibilidad de tramitar favorablemente dicha pensión.

Por el contrario, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de Islas Baleares, no permite en su art. 2.1.c) que tíos y sobrinos legalicen su unión, al impedir la inscripción en el Registro a los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado. De esta manera, sin previa dispensa no podrán constituir una relación *more uxorio*.

En este sentido, se ha planteado por parte de la doctrina una aplicación analógica de este régimen a las parejas de hecho, a efectos de acceso a la pensión de viudedad, así lo entiende, entre otros, MOLINS GARCÍA-ATANCE[110]. Sin embargo, para otros autores como DESDENTADO DAROCA[111], no puede aplicarse en el ámbito de la pensión de viudedad, el mencionado sistema de dispensas.

---

[106] Los impedimentos legales que impiden la celebración del matrimonio los encontramos en el *«Libro primero. De las personas. Título IV. Del matrimonio. Cap. II. De los requisitos del matrimonio. art. 46 y 47 del CC. Cap. III. De la forma de celebración del matrimonio. art. 56 del CC».*

[107] Únicamente en los casos en que, antes de tener relaciones de pareja, hubiesen llevado vidas separadas, sin conocerse o sólo apenas; podrá surgir excepcionalmente una relación afectiva análoga a la conyugal.

[108] Véase PANIZO ROBLES, J.A., «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)», CEF.- Laboral Social, p. 3.

[109] Así, si el vínculo conyugal se sostiene en el reciproco afecto marital entre los miembros de la pareja, hay que entender que raramente surgirá dicho afecto si los roles del tío o tía y el sobrino o la sobrina responden a los parámetros sociales y culturales ordinarios; en tales casos, podrá existir *affectio* entre ellos, pero no marital, descartándose automáticamente la «justa causa» el vínculo sería nulo por defecto de causa al estar fundamentado en un vínculo personal distinto del conyugal. Así, lo establece el art. 73 del CC.

[110] «*Si una pareja de hecho está formada por dos personas que son parientes colaterales por consaguinidad hasta el tercer grado (un tío con una sobrina), que mantiene una relación de afectividad análoga a la conyugal, y éstos hubieran podido contraer matrimonio previa dispensa judicial, no parece que deba negárseles la pensión de viudedad»* MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La reforma de las prestaciones…» ob.cit. p. 232. Se trata de una propuesta razonable, pero suscita dudas a la vista del tenor literal del art. 174.3 del TRLGSS.

[111] Esta autora entiende que *«es cierto que algunos de estos impedimentos pueden ser objeto de dispensa conforme a lo dispuesto en el art. 48 CC, pero no parece que esta posibilidad pueda darse en el caso de las parejas de hecho. El art. 48 CC tiene como objetivo permitir, en determinados casos, la celebración de un matrimonio, tal y como se puede deducir de su último párrafo, siendo ajeno a su ámbito de aplicación el supuesto de uniones no matrimoniales»* DESDENTADO DAROCA, E., *La pensión de viudedad*…ob.cit. pp. 121-122.

Además, no puede existir vínculo matrimonial con otra persona ajena a la propia pareja[112], debiendo estar los miembros de aquélla bien solteros, viudos o divorciados o tener su matrimonio anterior anulado. Se trata de un requisito reiterativo ya que el CC enumera en su art. 46.2 el vínculo matrimonial como uno de los impedimentos para contraer nupcias, tratándose de evitar así situaciones que pueden resultar análogas a la poligamia.

En todo caso, con él se excluyen aquellas parejas en las que uno de sus miembros contrajo matrimonio con una tercera persona y, aunque separado -de hecho o judicialmente-, no ha disuelto ese vínculo conyugal. Sin embargo, la Ley de Parejas de Hecho de Cantabria en su art. 4.4.b) permite en su Registro la inscripción de los sujetos separados judicialmente, no rompiéndose el vínculo matrimonial hasta el efectivo divorcio, la unión *more uxorio* no podrá generar derecho a pensión de viudedad; solamente se le reconocerá las expectativas que la propia Ley de Cantabria establece en sus disposiciones, procediendo la Entidad Gestora sin duda alguna a la denegación de aquélla.

Asimismo, como cuarto requisito se establece la convivencia estable y notoria que debe ser inmediata al fallecimiento del sujeto causante. La convivencia es el elemento definitorio de las parejas estables, sin una convivencia real y efectiva entre sus miembros no hay pareja de hecho. Además, aquélla tiene que ser «estable», continua, permanente en el tiempo y sin interrupciones sustanciales, debe ser «notoria», es decir de carácter público y conocida por terceros, es indispensable la «inmediatez de la convivencia» en relación con el fallecimiento del causante, no sirve de nada que dicha convivencia hubiera existido en el pasado y, por último, ésta tiene que ser «ininterrumpida» durante un periodo de cinco años como mínimo[113], introduciéndose así, una diferencia importante con la pensión matrimonial, pues un matrimonio celebrado días antes del fallecimiento del causante, devenga aquélla salvo en el caso excepcional en que la muerte derive de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal y no existan hijos. Además, incluso en este supuesto, el mínimo para devengar la pensión es de un año y, si no se cumple aquél[114], se reconoce una prestación temporal de viudedad con una duración de dos años (art. 174 BIS del TRLGSS)[115]. El objetivo de esta limitación es el de evitar los llamados «matrimonios de conveniencia» celebrados con el único objeto de percibir la pensión

[112] El TC en su Sentencia 44/2014, de 7 de abril, ha resuelto la cuestión de inconstitucionalidad (núm. 5800/2011) interpuesta por el TSJ de Castilla y León (Valladolid) en relación al inciso del art. 174.3 del TRLGSS *«no tengan vínculo matrimonial con otra persona»* y el párrafo quinto del mismo precepto, por posible vulneración de los arts. 14 y 139.1 de la CE. No obstante, el TC en su sentencia 40/2014, de 11 de marzo, ya declaro inconstitucional el inciso quinto del remarcado artículo. Si bien, este Tribunal desestima la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás bajo el argumento de que la *«la norma cuestionada responde, en cualquier caso, a una justificación objetiva y razonable desde el punto de vista constitucional. […] el requisito discutido para ser beneficiario de la pensión de viudedad obedece al objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social, evitando la concurrencia de títulos de reclamación que den lugar a un doble devengo de la pensión».* Léase su FJ 3º. Así, la STSJ de Cataluña 3552/2014, de 15 de mayo, deniega la pensión de viudedad al supérstite de una pareja de hecho por pervivir vínculo matrimonial con otra persona, F. 2º.

[113] *«En principio no se podrá sumar la convivencia anterior y posterior a la ruptura a efectos del cumplimiento del requisito de duración ininterrumpida no inferior a cinco años».* MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La reforma de las prestaciones…» ob.cit. p. 230. No obstante, como ya se ha apuntado, los supuestos de residencia obligatoria temporal fuera del domicilio, no impiden la concurrencia del requisito porque lo relevante es la voluntad de la pareja de estar juntos.

[114] Sin embargo, la normativa de Seguridad Social permite, alternativamente, dar por cumplido el requisito en caso de hijos comunes. Además, no se requerirá esa duración del vínculo conyugal cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del art. 174.3 del TRLGSS, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

[115] *«Un matrimonio celebrado días antes del fallecimiento del causante (o incluso horas antes), devenga la pensión de viudedad salvo en el caso de enfermedad común preexistente causante del deceso. E incluso, en este caso, se devenga una prestación temporal de viudedad. En cambio, una pareja de hecho con una convivencia de cuatro años no devenga prestación alguna»* en MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La reforma de las prestaciones…» ob.cit. p. 230.

de viudedad. Por otro lado, esta exigencia es un requisito habitual de carácter general en Derecho comparado. Así, en Alemania, Portugal, Luxemburgo y Bélgica es necesario que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento, o con cinco años en el caso de Suecia, Finlandia y Noruega.

Aunque el trato diferenciado puede considerarse desproporcionado, hay que recordar que la unión matrimonial y la convivencia *more uxorio* no son supuestos equiparables. Además, es lógico que los cohabitantes acrediten un mínimo de convivencia ya que en éstos no existe un compromiso de futuro, diferenciándose así, la unión estable de la que no lo es ni pretende serlo[116].

No obstante, el requisito de convivencia mínima, como sucede en algunas legislaciones autonómicas, se podría haber combinado con el de la existencia de hijos comunes[117], evitándose posibles situaciones de desprotección. Sin embargo, DESDENTADO DAROCA entiende que *«no es que con ello no se proteja adecuadamente a los hijos»* pues *«estos están protegidos a través de la pensión de orfandad»* sino que «la existencia de hijos a cargo» al ser *«un factor determinante de la dependencia, pues implica limitaciones importantes en el acceso al mercado de trabajo […] debería tenerse en cuenta»*[118].

Finalmente, el TRLGSS señala como última exigencia la acreditación de la existencia legal de la pareja de hecho, debiendo probarse aquélla a través del certificado de los registros específicos existentes para las uniones de hecho en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o, en su defecto, mediante documento público en el que conste su constitución.

En este orden de ideas conviene detenerse en la forma de acreditar la convivencia. Siguiendo el propio precepto, la convivencia ha de acreditarse mediante el correspondiente certificado de empadronamiento[119]. Un singular problema es que el TRLGSS no alude a otro medio de prueba alternativo. El hecho que refleja el certificado de empadronamiento es de carácter objetivo: la residencia de ambos sujetos, causante y supérstite, en un mismo domicilio.

Acerca de la existencia de un único medio de prueba han existido ciertas discusiones jurisprudenciales y doctrinales[120] nacidas, en su origen, en el supuesto transitorio[121], que han concluido aplicando una cierta flexibilidad, que se explica más adelante.

Atendiendo a las distintas posiciones en relación al hecho de acreditar la convivencia, existe una postura más «estricta» y «recta» que se basa en que el certificado de empadronamiento conforma un requisito constitutivo[122] y, por tanto, no

[116] Asimismo, DESDENTADO DAROCA, entiende que se trata de una exigencia que no puede calificarse de arbitraria ya que al tratarse de un requisito objetivo que pondera la existencia del desequilibrio económico, no debe suprimirse sino extenderse a los unidos por vínculo matrimonial con carácter general tal y como sucede en la mayoría de las legislaciones de los países de nuestro entorno. DESDENTADO DAROCA, E., *La pensión de viudedad*…ob.cit. p. 124

[117] Así lo establece el art. 4.3.b) de la L de Pareja de Hecho de Cantabria, o el art. 2.2 de la L de Parejas Estables de Navarra.

[118] DESDENTADO DAROCA, E., *La pensión de viudedad*…ob.cit. p. 124.

[119] El certificado de empadronamiento sólo acredita una convivencia en común de dos personas en un mismo domicilio; pero con la inscripción en el registro o documento público ya queda acreditada la relación de afectividad análoga a la conyugal.

[120] Véase MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La acreditación del vínculo y de la convivencia more uxorio en las parejas de hecho: una aproximación jurisprudencial», Diario La Ley 2293/2013, Santiago de Compostela, pp. 4 y ss.

[121] A los sujetos que acceden a la pensión de viudedad a través del supuesto especial se les exige el certificado de empadronamiento, pero no el cumplimiento de la inscripción registral o documento público.

[122] En este sentido la STSJ de Madrid 305/2009, de 17 de abril, F.2º. Postura también defendida por el INSS y cuya ausencia ha sido motivo para denegar la pensión de viudedad. Así, a pesar de la existencia del certificado, se podría denegar la pensión de viudedad si se demuestra que aquél no acredita la realidad de la convivencia exigida por el legislador, motivo por el cual la STSJ citada anteriormente denegó la pensión de viudedad. Véase MORENO GENÉ, J., «La "pensión especial" de viudedad de las parejas de hecho: la prueba de la convivencia

puede sustituirse por otro mecanismo de prueba, y otra posición mucho más «flexible» que permite probar la convivencia por otros medios ajenos al padrón municipal[123], acreditándose varios datos conjuntamente.

Dada la existencia de pronunciamientos controvertidos por parte de los Tribunales[124], el Tribunal Supremo debía zanjar la cuestión, así con la intención de clarificar si el certificado de empadronamiento se constituye en el único mecanismo posible de acreditación, se pronuncia en casación para unificación de doctrina a través de la Sentencia 4445/2010, de 25 de mayo,[125] estableciendo que aquél no configura el único medio de prueba para acreditar la convivencia[126] siempre que aquélla se pueda demostrar por otras vías, preferentemente documentales[127].

En suma, y al margen de la discusión anteriormente expuesta, se puede indicar que el certificado de empadronamiento no es el único medio en Derecho para acreditar la convivencia de las parejas de hecho.

Una vez efectuada esta aclaración se ve necesario señalar en referencia a la acreditación legal de la unión de hecho que el legislador sólo protege a aquellas parejas que legalizan su unión. Además, como exige el precepto 174.3 del TRLGSS párrafo cuarto, tanto la inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

---

estable», ob.cit. pp. 5 y ss. *«Conforme al tenor literal de la norma, la única forma de acreditar esta convivencia es mediante el certificado de empadronamiento […], no parece que baste con que se presente un certificado de empadronamiento, por ejemplo, dos años antes del deceso, y que se intente demostrar mediante los restantes medios de prueba admitidos en derecho, que con anterioridad al empadronamiento ya vivían juntos ambos. […], sí que sería admisible que se acreditase este extremo mediante varios certificados, incluso de varias ciudades, con tal de que en todos ellos ambos convivientes compartiesen la misma vivienda, aunque hayan cambiado de vivienda a lo largo de este periodo de cinco años»* en MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La reforma de las prestaciones…» ob.cit. p. 231.

[123] Basando su postura en las siguientes afirmaciones: 1). Si la intención del legislador hubiese sido establecer sólo ese medio de prueba en el precepto nos encontraríamos la expresión «únicamente». 2). Las dudas interpretativas deben solventarse con el principio pro beneficiario -en virtud del cual la convivencia puede ser acreditada por otros medios-. 3). El padrón municipal no siempre refleja la realidad -p.e. en ocasiones en aras de conseguir ciertos beneficios los sujetos están empadronados en un municipio diferente al de su residencia-. Invocando al modelo flexible, se permitiría el uso de otros mecanismos entre los que cabe citar un contrato de compraventa autorizado ante notario de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal; una cartilla bancaria conjunta, en la cual la pareja domiciliaba los recibos de los gastos comunes de la vivienda familiar y abonaba una póliza de préstamo común; la existencia de hijos comunes; un certificado del ayuntamiento, basado en la información de la policía local, que acreditaba el domicilio real; informes policiales; declaraciones de testigos y similares. MELLA MÉNDEZ, L., ob.cit. pp. 8 y ss o GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., «Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad», *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2009 parte Comentario, p. 7.*

[124] Estas Sentencias defienden el uso de otros medios de prueba para acreditar la convivencia. La STSJ de Islas Baleares 52/2010, de 18 de febrero, F. único, «*una prescripción de tal alcance debería especificarse con claridad mediante el uso de adverbios como «sólo», «únicamente« o expresiones similares que revelen sin margen para la duda la intención inequívoca de excluir todo otro mecanismo de probanza. Desde el punto de vista gramatical estricto, el artículo no descarta taxativamente otras maneras de demostrar la convivencia extraconyugal distintas del certificado de empadronamiento».* La STSJ de Madrid 833/2009, de 30 de septiembre, F. 1º y la STSJ de Navarra 194/2009, de 28 de julio, F. 2º, *«no puede* otorgarse al certificado de empadronamiento el valor de requisito ad solemnitatem […] como único medio para poder acreditar la convivencia estable y notoria […] en muchos casos el empadronamiento podría amparar situaciones fraudulentas difícilmente destruibles si se estima que estamos ante una presunción iuris et de iure».

[125] También hay que destacar la STS 4581/2010, de 6 de julio, pronunciándose acerca de si el certificado de empadronamiento era un medio de prueba constitutivo. Su F. 3.1 recoge que *«la convivencia more uxorio debe poder acreditarse mediante otros medios de prueba admisibles en Derecho y no exclusivamente mediante el certificado de empadronamiento, y a dicha doctrina debe estarse por razones de seguridad jurídica».* El INSS mantiene que el requisito es constitutivo motivo por el cual deniega la pensión de viudedad en caso de incumplimiento.

[126] Así lo recoge su F. 3º *«[…] es considerar el certificado de empadronamiento como un medio probatorio más, entre otros posibles […] resulta completamente arbitrario pretender que dicho período de carencia, es decir, la duración de esa pareja de hecho, solamente pueda acreditarse mediante el certificado de empadronamiento […]».*

[127] Sin embargo el libro de familia no es un instrumento válido para acreditar la convivencia, sino tan sólo para la filiación de los hijos comunes. Así lo establece la STS 9222/2011, de 26 de diciembre, F. 2º apartado segundo d). GARCÍA QUINTAS, M., «El libro de familia no acredita que exista pareja de hecho», *Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 826/2011 parte Comentario*, p. 1.

En este punto, al igual que ocurre con el certificado de empadronamiento, surge la duda del carácter constitutivo de estos instrumentos de formalización e inscripción. Una interpretación «literal» y «estricta» del precepto trae como consecuencia la imposibilidad de acreditar la exigencia legal de las parejas de hecho por otras vías que difieran de las enunciadas en la normativa de Seguridad Social[128]; sin embargo, siguiendo una interpretación mucho más «flexible» es posible probar la existencia de la unión de hecho mediante otros medios ajenos a los enunciados por el legislador[129]. El Tribunal Supremo ha resuelto este problema en varias Sentencias. Así, la STS 5960/2012, de 24 de mayo[130], en su F. 3º señala que una interpretación flexible del artículo daría por cumplido el requisito legal en cuestión sólo en el caso de que se hubiera realizado la inscripción registral o el otorgamiento de documento público, aunque no hubieran transcurrido esos dos años[131].

Se evidencia así como el legislador ha introducido dos requisitos temporales cuyo cumplimiento hará al supérstite de la pareja de hecho beneficiario de la pensión de viudedad[132]. Por un lado, se le exigen cinco años de convivencia estable, notoria e ininterrumpida, que debe ser previa al fallecimiento del causante; por otro lado, se le piden al menos dos años como pareja de hecho legalmente constituida[133], demostrándose el ánimo del legislador de evitar fraudes en la prestación[134].

Por tanto, sólo se protege a las parejas de hecho que cumplan determinadas formalidades. De este modo, al distinguirse las «parejas de hecho», de las «pareja de derecho o registradas», se respeta la voluntad de aquellas uniones de personas que no desean someterse a una determinada regulación. Además, como afirma ROCA TRÍAS «*si se regulan ampliamente las consecuencias de este tipo de unión, sin dejar espacio a la libertad, se estarían imponiendo a los interesados unos efectos que ellos*

[128] Ante la ausencia de la inscripción registral o documento público se procedía a la denegación de la pensión de viudedad, aunque fuese posible probar la existencia de la pareja de hecho por otras vías. Así nos encontramos la STSJ de Asturias 3080/2009, de 30 de octubre, F. 2º, *«la actora y el causante de la prestación aquí reclamada ni llegaron a inscribir su unión de hecho en ninguno de los registros que existen específicamente ni otorgaron el correspondiente documento público para acreditar dicha unión. Han vivido su relación como tal en el ámbito de su vida privada, con su natural incidencia en el ámbito familiar y de relaciones privadas, pero sin voluntad de constituirse formalmente como una pareja de hecho […]. No puede, consecuentemente, merecer favorable acogida el recurso, pues aún habiéndose mantenido una situación de convivencia de hecho no se han arbitrado, pudiendo hacerlo pues ningún impedimento consta, los mecanismos legales que habrían permitido la legitimación de esa situación, inscripción en registros específicos o documento público que acredite dicha situación de convivencia de hecho, de ahí que no pueda ser reconocida la pensión de viudedad que se reclama por cuanto que no se cumple con las exigencias legales […]».*

[129] Estos otros medios son la aportación de hijos comunes o la firma ante notario de un contrato de compraventa de la vivienda familiar. MELLA MÉNDEZ, L., ob.cit. p 12.

[130] También es de interés los razonamientos expuestos en la STS 4795/2010, de 20 de julio, F. 2º y 3º.

[131] Además, la STS 6982/2012, de 9 de octubre, señala que la existencia de la pareja de hecho debe acreditarse mediante la inscripción en el registro específico correspondiente o bien a través de documento público en el que conste su constitución, sin que a estos efectos sean válidas las disposiciones testamentarias. Así lo establece su F. 2.2º. La única interpretación flexible posible es la que mantiene la STS 5960/2012, de 24 de mayo. En caso contrario, se deniega la pensión de viudedad, basándose en que la existencia de la unión no se ha acreditado ni mediante su inscripción en el registro especifico ni a través de documento público. En este sentido, nos encontramos con la STS 5863/2012, de 18 de julio. Véase su F. 2.2º.

[132] DE CASTRO MEJUTO, L.F., «A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho», Vlex, 2008, p.5.

[133] Requisito cuestionado en relación a cuando la solicitud de la pensión de viudedad se produce poco después de la entrada en vigor de Ley 40/2007, ya que es imposible su cumplimiento al menos que la pareja ya estuviese previamente constituida o formalizada. Se encuentran pronunciamientos tanto a favor de una interpretación flexible (STSJ de Castilla y la Mancha 1402/2009, de 17 de septiembre, F. 4º) como no (STSJ del País Vasco 2484/2009, de 30 de junio, F. 2º). Si bien, el TS en su Sentencia 8809/2011, de 28 de noviembre en RCUD, se ha pronunciado, señalando que en los supuestos en que el hecho causante acaece dentro de los dos años inmediatamente posteriores a la entrada en vigor de la reforma legal operada por la Ley 40/2007, de 4 diciembre, el requisito de inscripción en registro específico o formalización en documento público con una antelación mínima de dos años a la fecha del fallecimiento del causante es inexigible por ser imposible el cumplimiento de tal plazo. Así lo establece su F. 3º.

[134] GRACIA ALEGRÍA, G., «El acuerdo de reforma de pensiones y la ley de medidas de seguridad social: cuestiones resueltas y cuestiones pendientes: pensión de viudedad para parejas de hecho» en la pensión de viudedad. Régimen vigente y perspectivas de futuro. Revista de seguridad social y laboral. Tribuna Social nº 209. CISS. Grupo Wolters Kluwer, Valencia, mayo 2008, p. 25.

mismos han excluido al no haber contraído matrimonio ni haber optado por inscribirse como pareja de hecho»[135].

Señalaba al inicio del epígrafe que el TRLGSS configura un concepto de pareja de hecho sólo aplicable al territorio sujeto a Derecho común, ya que atendiendo al párrafo quinto del art. 174.3 las CCAA con Derecho civil propio[136] no quedan sujetas con referencia al concepto de pareja de hecho y a la forma legal de su acreditación a lo allí establecido, ya que estas cuestiones se llevan a cabo según su legislación específica. Así, el precepto permite a determinadas CCAA que estos requisitos puedan ser alterados o suprimidos, facultando a definir a las mismas la pareja de hecho beneficiaria de la pensión de viudedad.

De esta forma, podría ocurrir que, a efectos de acceder a la prestación de viudedad, en algunas CCAA no fuera necesaria la inscripción de la relación *more uxorio* o su constitución a través de documento público, mientras que en otras sería un requisito indispensable. Por ejemplo, si la pareja de hecho residiera en Navarra, en aplicación del art. 3 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, el supérstite accedería a la pensión de viudedad aun a falta de la inscripción, mientras que si se tratara de una pareja vasca no inscrita, atendiendo al art. 3 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, la pensión le estaría vedada.

Sin embargo, sí están sujetas al requisito de convivencia y a su forma de prueba. Asimismo, no toda pareja que cumpla los requisitos establecidos a tal efecto en la correspondiente normativa autonómica podrá ser perceptora de la pensión de viudedad, sino que la convivencia «estable» y «notoria» preceptiva ha tenido que prolongarse al menos durante cinco años, habiéndose de acreditar a través del certificado de empadronamiento.

Si bien es cierto, la mayoría de la doctrina critica este artículo en relación a su redacción ambigua y a su posible inconstitucionalidad, alegando que se introducen diferencias en el acceso a la pensión en función de la CCAA de residencia, suponiendo claramente una vulneración al principio de igualdad ante la ley del art. 14 de la CE, apuntándose además que, el legislador en base al art. 149.1.17ª de la CE podría haber regulado la pareja de hecho del mismo modo en todo el territorio español en la medida en que definir el supuesto de hecho que da acceso a una prestación de Seguridad Social es legislación básica, y por tanto, competencia exclusiva del Estado[137].

Circunstancia que ha cambiado tras la reciente STC 40 /2014, de 11 de marzo, al declarar la inconstitucionalidad y nulidad del párrafo quinto del art. 174.3 citado, ya que como alega el propio órgano en su FJ 5º «*no es posible deducir una 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 su residencia o no, en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho».*

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo elevó la cuestión de inconstitucionalidad por posible vulneración del art. 14 de la CE sobre la base de que, la remisión que se efectúa a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, podría producir situaciones contrarias al principio de igualdad ante la ley por el hecho que, el derecho a la pensión de viudedad podría depender del

[135] Léase en DESDENTADO DAROCA, E., *La pensión de viudedad*…ob.cit. p. 125.

[136] Remisión normativa**:** Aragón (art.3), Islas Baleares (art.1), Cataluña (arts. 1 y 2), Galicia (DA 3ª), Navarra (arts. 2 y 3) y País Vasco (arts. 2 y 3). ALONSO PÉREZ, J.I., El reconocimiento de las uniones…ob.cit. pp. 121 y ss. «apartado sinopsis de las leyes autonómicas en vigor».

[137] En este sentido RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «Pensión de viudedad, parejas de hecho y Comunidades Autónomas (a propósito de la remisión a la legislación autonómica en el art. 174.3 LGSS)», Actualidad Laboral, núm. 20, Sección Estudios, La Ley 17675/2011, Universidad de Oviedo, pp. 3 y ss y MELLA MÉNDEZ, L., ob.cit. pp. 14 y ss.

lugar de residencia o de la vecindad.

Asimismo, del fundamento de su pretensión se desprende que el único motivo por el que en vía administrativa y judicial le fue denegada la pensión de viudedad a la solicitante fue por la falta de acreditación de la pareja de hecho conforme a lo establecido en el art. 174.3, párrafo cuarto, del TRLGSS, ya que, al no residir en una CCAA con Derecho civil propio debía aplicarse el régimen general, considerando que la distinción efectuada por la norma es *«ilógica e irrazonable»*, y que produce «*una desigualdad en el régimen jurídico de la pensión de viudedad desprovista de justificación»,* sostiene que en base al art. 2.1 del TRLGSS *«no parece constitucionalmente admisible que sean leyes autonómicas las que contengan la regulación de un aspecto tan importante cual es la consideración de la pareja de hecho y su acreditación»*[138], y más cuando en determinados supuestos de Derecho común en aplicación del TRLGSS la pensión de viudedad se deniega, al mismo tiempo que conforme a su normativa específica se accedería a ella.

Además, el Tribunal Supremo en conexión con el art. 149.1.17ª de la CE entiende que al tratarse de una norma de Seguridad Social no hay obligación de respetar el Derecho civil propio. En la misma línea afirma que al no remitir el artículo al Derecho civil propio sino a su *«legislación específica»* cabría la remisión generalizada a toda la legislación autonómica, desapareciendo así uno de los motivos vulneradores del principio de igualdad.

En base a estos argumentos plantea la cuestión de inconstitucionalidad con la intencionalidad que se proporcione respuesta a *«si el precepto cuestionado viola el principio de igualdad ante la ley al establecer unos requisitos -y unos medios de acreditación de los mismos- para acceder a la pensión de viudedad en los casos de las parejas de hecho que no son los mismos para todos los ciudadanos/as del Estado español sino que dependen de varias circunstancias: que estén o no en el ámbito de aplicación de una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio; que, en caso afirmativo, dicha Comunidad tenga o no una legislación específica aplicable a las parejas de hecho a efectos de causar la pensión de viudedad; y, en fin, que todas esas legislaciones específicas establezcan o no los mismos requisitos y las mismas formas de acreditarlos»*, pidiéndose en caso estimatorio la nulidad de la totalidad del párrafo quinto del art. 174.3 del TRLGSS por inconstitucional, dejando solamente en vigor la regla general como regla única para todo el Estado o una declaración parcial de inconstitucionalidad que llevara a declarar que la alusión al Derecho civil propio de ciertas Comunidades resulta nulo por inconstitucional, entendiéndose así, una remisión generalizada a las leyes autonómicas sobre parejas de hecho.

Finalmente, el Tribunal Constitucional como recoge su FJ 6º estima la cuestión de inconstitucionalidad, basándose, como alega su FJ 4º, que la diferencia de trato en el acceso a la pensión de viudedad provoca una vulneración del principio de igualdad ante la ley, ya que dicho tratamiento desigual no tiene una finalidad objetiva y razonable, ni tampoco está justificada en atención a la finalidad de la prestación, que no es otra que atender un estado real de necesidad del supérstite, en función del nivel de ingresos y de la existencia o no de cargas familiares[139] y en el hecho, como enumera su FJ 5º, que la norma cuestionada no guarda relación con las competencias autonómicas en materia de Derecho civil, pues no tiene por objeto la regulación de las uniones de hecho, sino que se trata de una norma en materia de Seguridad Social, en la que se establecen los requisitos que las parejas de hecho tienen que cumplir para poder acceder a la pensión de viudedad, los cuales deben respetar el principio de igualdad.

De este modo, al pronunciarse a favor de la nulidad del precepto la regla

[138] Léase el antecedente 2º de la STC 40/2014, de 11 de marzo.
[139] Así lo viene a establecer la STC 41/2013, de 14 de febrero, en su FJ 4º.

general relativa a la configuración de la pareja de hecho y descrita en el párrafo cuarto del art. 174.3 del TRLGSS es la única regla válida en vigor, a la que se deberá acudir para determinar el acceso o no a la pensión de viudedad, garantizándose así la existencia de una igualdad real, ya que todos los beneficiarios deberán cumplir los mismos requisitos[140].

Por otro lado, al supérstite de la pareja de hecho se le exige para poder acceder a la pensión de viudedad el cumplimiento de unos requisitos económicos, no requeridos a los unidos en vínculo matrimonial. Este hecho ha sido bastante criticado por algunos sectores doctrinales, que encuentran totalmente injustificado el trato discriminatorio que están recibiendo las uniones de hecho[141].

Según el TRLGSS tendrá derecho a la pensión de viudedad quien encontrándose unido al causante en el momento de su fallecimiento mediante unión de hecho acredite que, durante el año natural[142] anterior al fallecimiento de la pareja, sus ingresos no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo[143], exigiéndose sólo en el momento del devengo de la pensión pero no durante la dinámica del derecho. Este requisito va a dar lugar a una importante conflictividad judicial dado que puede suceder que, en el año anterior al deceso no se tenga dependencia económica, pero si, durante el año del fallecimiento del sujeto causante[144], piénsese en los supuestos de excedencia por cuidado de hijos o familiares u otro tipo de situaciones donde temporalmente no se perciban retribuciones. Cuando no existan hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, el porcentaje citado, será del 25 por ciento[145].

Comparando ambos supuestos se observa que el volumen de ingresos

[140] En relación al fallo esgrimido se formula un VOTO PARTICULAR (Magistrada Doña Encarnación Roca Trías y Magistrado Don Juan Antonio Xiol Ríos) al entender que no debería haberse declarado la inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 del TRLGSS, argumentando, por un lado, que la declaración de inconstitucionalidad *«no solo no es aplicable al proceso, sino que tampoco es relevante a efectos de la resolución del litigio»* ya que el reconocimiento de la pensión de viudedad fue solicitada por una pareja de hecho residente en una CCAA sin Derecho civil propio. Por otro lado, muestran su disconformidad, en relación a los argumentos que han llevado al Pleno a estimar dicha constitucionalidad (*«la desigualdad de trato respecto a quienes están sometidos a una legislación autonómica con Derecho civil propio no es aceptable porque se trata de un norma de Seguridad Social, no civil, y no existe justificación suficiente»*), razonando que la Jurisprudencia del TS ha mantenido la igualdad entre los sistemas civiles españoles, estatal y autonómico. En este sentido, la STC 226/1993, de 8 de julio, ya que en su FJ 3º señala *«un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles que coexisten en España».* Además, expresan que el artículo cuestionado *«no produce una desigualdad contraria al art. 14 de la CE en la medida en que la configuración del ordenamiento civil Español como un sistema plural no ha sido considerado inconstitucional».* Asimismo, manifiestan que la falta de Derecho civil propio no impide a las parejas de hecho de otras CCAA acceder a la pensión de viudedad, mediante el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 174.3 del TRLGSS. Así, en aplicación del art. 4.3 del CC en los casos en que deba aplicarse una legislación civil autonómica, *«el supletorio del derecho suplido no será el CC, sino el que deba aplicarse según la regla de conflicto».* Por último, alegan que esta situación va a producir efectos jurídicos según se trate de prestaciones de la SS o derechos de otro tipo, creando *«un problema absurdo, partiendo de una interpretación literal y no realista de la norma cuestionada».*

[141] BALLESTER PASTOR, I., en AA.VV. La cuantía de la pensión de viudedad tras la ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho pensión de viudedad. Régimen vigente y perspectivas de futuro. Revista de seguridad social y laboral. Tribuna Social nº 209. CISS. Grupo Wolters Kluwer, Valencia, mayo 2008, pp.65 y ss.

[142] El año natural comienza el 1 de enero y finaliza el 31 de diciembre ya que las declaraciones fiscales facilitan conocer los ingresos del año anterior al fallecimiento. MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 6/2008 parte Estudio,* pp. 6 y ss.

[143] En este sentido la STSJ de Cataluña 6116/2012, de 19 de septiembre, deniega la pensión de viudedad a la actora por incumplimiento del requisito económico exigido. Así su F. 2 recoge que «*las rentas de la demandante […] exceden con mucho del 50% del conjunto obtenido durante el año natural anterior al hecho causante por la pareja, razón por la cual la denegación de la prestación por parte de la sentencia es ajustada a derecho y debe confirmarse».*

[144] PÉREZ ALONSO, Mª.A., *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 23.

[145] La STSJ del País Vasco 3281/2010, de 5 de octubre, deniega la pensión de viudedad a la supérstite de una pareja de hecho, «*pues no teniendo hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, sus ingresos durante el año natural anterior al fallecimiento superaban el 25% de la suma de los obtenidos junto con el causante en el mismo período»;* así lo recoge su F. 2º.

permitido difiere considerablemente. En el primer caso, el nivel de ingresos es más elevado ya que se deben de afrontar los gastos de la unidad familiar. Sin embargo, el segundo supuesto es mucho más restrictivo, pues el beneficiario debe de carecer de ingresos, o éstos deben de ser irrelevantes, demostrando que simplemente el supérstite dependía económicamente del fallecido.

Por poner un ejemplo sencillo, piénsese, que los ingresos acumulados en el año anterior por la pareja alcanzaron los 60.000€, aportando el fallecido el 48% (28.800€) y la supérstite el 52% (31.200€), no se tendrá acceso a la pensión[146].

Asimismo, si no se tienen hijos comunes, puede ocurrir que ambos convivientes estén excluidos de la pensión de viudedad. En el ejemplo citado, ninguno de los cohabitantes cumple el requisito de no alcanzar el 25 por ciento de los ingresos totales, por lo que no se devengará esta pensión.

De este modo, se exige dependencia económica del causante, intentando recuperar la naturaleza de la pensión de viudedad, como pensión sustitutoria de rentas dejadas de percibir. Si bien, devengándose la mayoría de las pensiones de viudedad a una edad avanzada, no teniendo ya sus hijos derecho a pensión de orfandad, al aplicarse el porcentaje restrictivo del 25 por ciento, sólo se devengará aquélla cuando uno de los convivientes no tenga ingresos, o éstos sean mínimos.

Ahora, piénsese en el supuesto que en cual uno de los cohabitantes, con un hijo con derecho a pensión de orfandad, tuviera en el año anterior unos ingresos brutos de 100.000€, siendo los netos de 65.000€, al tener el sujeto causante unos ingresos, respectivamente, de 110.000€ y 70.400€, se devengará la pensión.

Sin embargo, manteniéndose idénticas condiciones en el sujeto causante, teniendo el beneficiario una discapacidad superior al 65%, y dos hijos, en aplicación de los ingresos netos, siendo estos 71.100€, no se devengará la prestación.

De la lectura del art. 174.3 del TRLGSS se desprenden las siguientes aclaraciones:

1. El término «ingresos» debe de entenderse en sentido amplio, pues dentro del mismo se incluyen los rendimientos del 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.
2. La expresión «hijos comunes» no sólo incluye a los hijos de la pareja, bien naturales o adoptivos, sino también a los privativos de uno de los miembros, siempre y cuando conviviesen en el hogar familiar y hubiesen tenido derecho a la pensión de orfandad[147].
3. Y por último, el «desequilibrio económico» sólo resulta exigible en el momento del hecho causante

De esta forma, esta exigencia de dependencia económica configura una pensión de viudedad para las parejas de hecho completamente distinta de la pensión matrimonial, al establecerse un requisito restrictivo, aquélla supone una diferencia de trato en perjuicio de los convivientes *more uxorio* carente de justificación. La pensión de viudedad configura en el matrimonio un «derecho reciproco» entre los cónyuges, mientras que en las parejas de hecho se establece el «derecho del pobre», operando sólo aquélla en caso de que uno de los convivientes no tenga ingresos, o éstos sean mínimos en relación con el otro.

---

[146] Léase *Comentario al Artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, Supuesto Práctico. Pensión de viudedad. Pareja de hecho, Publicación: Seguridad Social, inscripción de empresas, afiliación y recaudación, BIB 2013/2110, Aranzadi, enero 2013, p. 50.

[147] ÁLVAREZ CUESTA, H., «Uniones de hecho y su incidencia en la Seguridad Social», La Ley 19362/2009, Universidad de León, p. 4.

No obstante, sí que puede estar justificado que el legislador exija determinados requisitos formales a las uniones de hecho con la finalidad de evitar fraudes en la prestación, pero la dependencia económica únicamente exigida a las parejas estables no parece estar justificada; o se exige en todas las pensiones, o en ninguna, ya que la relación económica entre los convivientes y los cónyuges, desde la perspectiva de la Seguridad Social, es idéntica, tratándose de una unión de dos sujetos, con o sin hijos, al constituir una comunidad de vida, el daño sufrido por la muerte del causante es en ambos casos el mismo.

Así, entiende MOLINS GARCÍA-ATANCE que *«el hecho de que un viudo que aportaba el 90 por 100 de las rentas familiares perciba pensión de viudedad, mientras que el supérstite de una pareja de hecho que aportaba el 51 por 100, no tenga derecho a esta pensión, constituye una diferencia de trato injustificada»,* afirmando además que *«la consecuencia de ello es la coexistencia de dos regímenes distintos […], uno de ellos anudado a la existencia de dependencia económica o situación de necesidad y el otro no. La solución es insatisfactoria porque o bien se llega a la conclusión de que la situación de necesidad es consustancial a la pensión de viudedad, en cuyo caso tendría que exigirse tanto en el caso de matrimonio como de pareja de hecho, o se llega a la conclusión de que no es consustancial, en cuyo caso no debería exigirse en ninguno de ellos. […] no es admisible que se exija respecto de las parejas de hecho pero no respecto de los matrimonios […]. La existencia de pareja de hecho justifica un tratamiento diferenciado en cuanto a los requisitos de acreditación de la convivencia, para evitar fraudes, pero no justifica que se impongan requisitos adicionales de dependencia económica inexistentes en el caso de matrimonio»*[148].

De esta forma, lo razonable hubiera sido establecer este requisito económico con carácter general pero por el momento el legislador no ha querido adoptar esta medida. No obstante, será uno de los temas principales que el Gobierno deberá tratar en su «estudio sobre la reforma integral de la pensión de viudedad», que el legislador le encomienda en la disposición adicional vigésima quinta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

Asimismo, el TRLGSS recoge otro supuesto a través del cual también se puede ser beneficiario de la pensión de viudedad, basándose en los ingresos exclusivos del solicitante, se reconoce aquélla aunque no exista dependencia económica, si se demuestra la existencia de una situación de necesidad. Así, el supérstite tendrá derecho a la ya referida pensión cuando sus ingresos resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante[149]. Este límite se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad, que conviva con el sobreviviente.

En este supuesto, la escasez de ingresos debe concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. En caso contrario, lo que la Ley no precisa es si, en estos supuestos, el derecho a la pensión se extingue o sólo se suspende. Parece más razonable entender que la pérdida de la pensión es temporal ya que la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia en el Régimen General de la Seguridad

[148] MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La reforma de las prestaciones…» ob.cit. p. 227. En el mismo sentido se pronuncia DESDENTADO DAROCA, E., *La pensión de viudedad*…ob.cit. p. 121.

[149] La STSJ de Madrid 89/2012, de 13 de febrero, deniega la pensión de viudedad a la supérstite de una pareja de hecho debido a que no cumple dos de los requisitos enunciados en el TRLGSS, la dependencia económica respecto del causante o la situación de necesidad y la acreditación de la convivencia. En su F. 3 señala esta cuestión *«además de no haberse acreditado la convivencia estable sí se ha declarado probado en la Instancia, lo que no ha sido impugnado en el recurso, que la realidad de que la actora a fecha del fallecimiento del causante ha percibido un mayor ingreso, que este ingreso es superior a 1'5 veces el SMI es palmaria».*

Social, no incluye en su art. 11 esta circunstancia como causa de extinción, de forma que si los ingresos del beneficiario vuelven a estar por debajo de los umbrales previstos en la normativa, su derecho a la pensión se reactivará[150]. Además, la obtención de la pensión es ajena a la situación de desequilibrio económico que produce el fallecimiento del sujeto causante, pues su reconocimiento, o no, sólo atiende a los ingresos económicos del solicitante.

En conclusión, antes de esta reforma, el matrimonio, salvo en supuestos excepcionales, era requisito indispensable para causar derecho a la pensión de viudedad. El Tribunal Constitucional consideraba el requisito del vínculo matrimonial conforme a la Constitución, aunque aclaraba, como ya se vio, que, al no ser esta opción legislativa la única constitucionalmente viable, era posible extender su campo de protección a las uniones de hecho.

Así, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, dando respuesta a una demanda reclamada desde hacía tiempo, amplio el ámbito de los beneficiarios de la pensión de viudedad al incluir a los convivientes *more uxorio*. Sin embargo, la medida adoptada es por dos razones limitada. Primero, porque no protege a todas las parejas de hecho, sino sólo a aquellas que reúnan determinados requisitos formales y de convivencia. Y segundo, porque se exige la existencia de un desequilibrio económico o de un estado de necesidad que no se requiere a los unidos mediante vínculo matrimonial.

Estas diferencias de acceso pueden llevar a apreciar un trato desigual que, al no estar justificado, constituiría una vulneración del art. 14 de la Constitución Española. No obstante, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, no parece que la inconstitucionalidad pueda aceptarse. Si la exclusión de las parejas de hecho del campo de aplicación de la pensión de viudedad era conforme al principio de igualdad, con más razón lo será un régimen intermedio de protección que permite el acceso de aquéllas a la prestación, aun cuando se exijan criterios diferenciados respecto a las parejas matrimoniales. Cuestión distinta es si la diferencia de trato merece una crítica favorable o desfavorable.

De este modo, los requisitos formales y de convivencia que el legislador exige para considerar existente una pareja de hecho, pueden resultar razonables al objeto de evitar posibles fraudes en la prestación. Por el contrario, los requisitos económicos deberían haberse extendido de manera homogénea, tanto a las parejas de hecho como a las uniones matrimoniales. Por el momento, el legislador ha decidido limitar esta exigencia únicamente a los convivientes *more uxorio*, solución perfectamente constitucional pero muy discutible en la práctica. Además, los requisitos restrictivos que el legislador ha configurado en el acceso de esta pensión de viudedad ponen de manifiesto el ahorro que estas uniones supone al sistema público de la Seguridad Social.

LA NORMATIVA LABORAL EN RELACIÓN A LAS PAREJAS DE HECHO

1. LA RELACIÓN LABORAL DEL EMPRESARIO Y SU PAREJA DE HECHO

1.1. Los trabajos familiares en las uniones de hecho

El Estatuto de los Trabajadores enumera en su art. 1.3 una serie de exclusiones del ámbito laboral, señalando en la letra e) que estarán excluidos de esta normativa *«los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo»*. En este precepto se excluye de su ámbito de aplicación, mediante una presunción *iuris tantum*, siempre que convivan con el empresario, al cónyuge, a los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por

[150] Véase en DESDENTADO DAROCA, E., *La pensión de viudedad*…ob.cit. p. 132.

adopción; presunción que como establece la STS 7104/1997, de 25 de noviembre, F. 2º, admite prueba en contrario a través de la acreditación de la condición de familiar asalariado[151].

De esta forma, la posición de ventaja en el acceso al mercado de trabajo justifica en palabras de CRUZ VILLALÓN que *«los poderes públicos no tengan por qué tratarlos de forma igualitaria al resto de los trabajadores que no gozan de este tipo de lazos familiares con el empresario»*[152]*.*

Relacionando este precepto con el TRLGSS se debe de citar su art. 7.2 relativo a la extensión del campo de aplicación de la normativa de Seguridad Social. El precepto señala que no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario los familiares que se encuentren ocupados en el centro o centros de trabajo del empresario, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo[153]. De este modo, la convivencia y la carga que los familiares suponen al empresario, configuran la presunción de no laboralidad del trabajo familiar[154].

Por otra parte, a pesar de que el art. 1.1 del ET no define el contrato de trabajo, sí enumera las notas características que ha de reunir, al señalar que la Ley resulta aplicable *«a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario»*. De este modo, las notas de ajenidad, dependencia[155], actividad remunerada[156] de carácter personal y voluntario configuran la existencia de una relación de trabajo[157], debiendo realizar el trabajador una efectiva actividad laboral dentro del ámbito de organización y dirección el empresario, como recoge la STS 9320/1990, de 16 de diciembre, F. 2º , en la que exista una transmisión a un tercero de los frutos de su trabajo, percibiendo directamente el empresario los beneficios, STS 17449/1990, de 29 de octubre, F. 2º y STS 2028/2001, de 13 de marzo, F. 2º.

Así, entre el empresario y sus familiares, por regla general y salvo prueba en contrario, no puede existir una relación de trabajo al impedirlo la normativa Laboral y de Seguridad Social en ánimo de evitar posibles situaciones fraudulentas[158].

---

[151] La exclusión de los trabajos familiares del campo de aplicación del ET es una «exclusión declarativa» puesto que tiene lugar ante la falta de uno o varios requisitos de laboralidad, trabajo voluntario, personal, dependiente, por cuenta ajena y retribuido en MONTOYA MELGAR, A*., «*Cometario al artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. Ámbito de aplicación», Grandes Tratados. Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, BIB 2007/2650, Aranzadi S.A., Madrid, p. 7 o LUJÁN ALCARAZ, J., «*El* ámbito subjetivo del Estatuto de los trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 58*, pp. 1 y 2.

[152] Visto en GUERRERO VIZUETE, E., ob.cit*.,* p. 1.

[153] La redacción actual del artículo fue introducida por la DA decimocuarta del RD-Ley 7/1989, de 29 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria. Posteriormente recogida en la DA undécima de la Ley 5/1990, de 29 junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria. Antes de esta modificación el artículo excluía a los familiares del empresario mediante dos presunciones diferenciadas, una *iuris tantum* que afectaba a los parientes hasta el tercer grado inclusive, y otra, *iuris et de iure* aplicable sólo al cónyuge y a los hijos sometidos a patria potestad. Por su parte, la exigencia de «convivencia» entre las partes obedece *«a una visión restrictiva del Ordenamiento laboral, reflejo quizás de una visión excesivamente paternalita de las relaciones familiares»* y la expresión «a su cargo» equivale a depender económicamente del pariente titular del negocio con el que se convive*,* GARCÍA BLANCA, J.M., «Reconocimiento de prestación por desempleo a cónyuge trabajador: trabajo asalariado o connivencia», *Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. núm. 8/20092/2009 parte presentación,* p.3.

[154] NICOLÁS ALEMÁN, P., «Relaciones personales y relaciones laborales», *Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. núm. 71/201119/2011parte Presentación,* p. 2.

[155] En el sentido de la STSJ 433/2011, de 20 de julio, F. 1º.

[156] Así, la confusión de patrimonios, personal y familiar, y la identidad de intereses, juegan en contra del trabajo familiar como prestación laboral, salvo prueba en contrario, en GUERRERO VIZUETE, E., «Convivencia more uxorio y prestación por cese de actividad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2012 parte Estudio,* p. 3.

[157] En este sentido la STSJ del País Vasco 2037/2005, de 6 de septiembre, F. 3º y STSJ de Cataluña 5955/2005, de 7 de julio, F. 3º.

[158] GARCÍA BLANCA*, J.M.,* ob. cit., p. 2 o SEMPERE NAVARRO, A.V., «Prestación de desempleo tras trabajo familiar», *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 1/2009 parte Comentario*, pp. 5 y ss. Cabe citar la STSJ de Castilla la Mancha 1097/2008, de 30 de junio, que reconoce a la actora cónyuge el derecho a percibir la prestación contributiva de desempleo en base a la presunción *iuris tantum*. Véase su F. 4º.

Sin embargo, la persona que convive maritalmente con el empresario, a efectos laborales, no se considera asimilada al cónyuge. Así, la labor prestada por la pareja de hecho del empresario no es trabajo familiar, al señalar el Tribunal Supremo en su Sentencia 1445/2000, de 24 de febrero, F. 5º que *«la convivencia de hecho o more uxorio no encaja dentro del tipo legal contemplado en el art. 1.3 e) del ET»*[159], encontrándonos así ante una prestación laboral de servicios, al no ser aplicable la presunción de extralaboralidad del art. 1.3.e) del ET[160], concediendo además en este caso la prestación de desempleo contributivo a quien convivía con el empresario[161]. En el mismo sentido, la STSJ de Murcia 339/1996, de 29 de marzo, F. 2º y la STS 3383/2000, de 19 de abril, F. 3º. De esta forma, la convivencia de hecho y la dependencia económica les permite acceder a la pensión de viudedad, sin que esas mismas circunstancias excluyan a la pareja de hecho de una posible prestación de desempleo.

En sentido contrario, se pronuncia MONEREO PÉREZ al considerar que *«basta acudir al concepto del artículo 1.1 ET para rechazar su carácter de relación laboral ante las notorias ausencias de diversos elementos esenciales del mismo, no siendo necesario así acudir a una interpretación forzada y contra legem del artículo 1.3.e ET»*[162].

No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo 1525/2005, de 11 de marzo, ha negado la existencia de una relación laboral entre convivientes *more uxorio* en la medida en que no son los trabajadores familiares los únicos de los que cabe predicar la ausencia de las notas de dependencia y ajenidad, ya que en ambas prestaciones de servicios existe un denominado común cual es el desempeño de una actividad productiva vinculada a la existencia de una relación[163], resultando probados dichos extremos en su pronunciamiento[164].

Por tanto, la carencia de los requisitos de dependencia, ajenidad y retribución salarial del art. 1.1 del ET fundamenta la expulsión del ámbito laboral de la prestación de servicios realizada por el conviviente de hecho[165], considerándose en sentido contrario que existe un contrato laboral cuando el trabajo de aquél se desenvuelva de

---

[159] Si bien, este criterio jurisprudencial está siendo rebatido por algunos pronunciamientos posteriores sobre la base que aunque no sea de los familiares enumerados en el art. 1.3 e) del ET, mantenía una relación equiparable a la conyugal. Véase la STSJ de País Vasco 2037/2005, de 6 de septiembre, F. 3º y la STSJ de Cataluña 206/2010, de 20 de enero, F. 3º. Además, la STSJ de Cataluña 6265/1995, de 17 de noviembre y la STSJ de Andalucía 1519/1996, de 2 de julio, entienden que cabe aplicar de manera analógica el precepto.

[160] VARGAS ARAVENA, D., ob.cit. pp. 22 y ss y RODRÍGUEZ INIESTA, G., «Exclusión del Régimen General por razón de parentesco. No es aplicable a quien simplemente ostenta la condición de pareja de hecho», *Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. paraf. I13 parte Presentación,* BIB 1998/367, p. 1.

[161] En sentido contrario se pronuncia ORCARAY REVIRIEGO, J. «Convivencia more uxorio. A propósito de la STS 24 de febrero de 2000 (RJ 2000,2236), que otorga el derecho a la prestación por desempleo a trabajadora despedida por el empresario con el que convive», *Boletín Aranzadi Laboral núm. 7/2002 parte Boletín,* p. 5 que señala en sus apartados 19 y 20 que *«la sentencia […] pierde, a nuestro juicio, la oportunidad de efectuar una interpretación extensiva, más allá de la aplicación literal del precepto cuestionado, poniendo en relación el concepto de trabajos familiares con la incuestionable realidad que se le planteaba y que no era otra que la situación de convivencia de hecho estable»*, pudiendo extender el art. 1.3 e) del ET por aplicación de la *analogía iuris;* concluye, en definitiva, que *«no parece que pueda existir esta condición laboral entre los convivientes, llámense o no familiares en sentido estricto».* Además, el Servicio Estatal Público de Empleo ha optado mayoritariamente por denegar a los convivientes la prestación por desempleo señalando que no concurren las notas características de una relación laboral por cuenta ajena, sobre todo las relativas a la dependencia y ajenidad. LUJÁN ALCARAZ, J., «La empresa familiar ante el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 10/2006 parte Tribuna,* p. 3.

[162] Visto en GUERRERO VIZUETE, E., ob.cit., p. 4. En este sentido, la STSJ de Madrid 721/2009, de 3 de febrero, F.3º y la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 4753 /2010, de 22 de septiembre, F. 2º.

[163] LÓPEZ TERRADA, E., ob.cit. pp. 32 y ss. En el mismo sentido la STSJ de Madrid 433/2011, de 20 de junio, F. 1º y la STSJ de Cataluña 9416/2005, de 2 de diciembre, F.3º.

[164] Véase GARCÍA PAREDES, MªL., «Trabajos familiares y uniones de hecho. Comentario a la STS (Sala 4.ª) de 11 de marzo de 2005», La Ley 3789/2005, pp. 2 y ss. GARCÍA BLASCO, J., «Desajustes entre el ordenamiento laboral y de la Seguridad Social y principios constitucionales. A propósito de la reciente modificación del art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social», La Ley 860/2001, Universidad de Zaragoza, p. 1.

[165] Así, la STSJ del País Vasco (Bilbao) 2662/2000, de 16 de mayo, F. 2º, la STSJ de Cataluña 2389/2002, de 19 de marzo, F. 3º, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 2978/2002, de 17 de junio, F. 2º, la STSJ de Cataluña 9142/2004, de 21 de diciembre, F. 3º y la STSJ de Andalucía (Málaga) 32/2009, de 9 de enero, F. 4º.

acuerdo con los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores[166].

De esta forma, se ve necesaria una modificación del concepto de trabajador familiar con la finalidad de que tanto el conviviente como el familiar colaborador queden sometidos a las mismas normas de exclusión e inclusión en el ámbito Laboral y de Seguridad Social, evitándose así los problemas laborales actuales pues aunque inicialmente tienen la consideración de trabajadores asalariados, cuando se someten a decisión de los Tribunales la tendencia es negarles su consideración de trabajadores por cuenta ajena en base a la carencia de los requisitos tipificados en el art. 1.1 ET.

1.2. La pareja de hecho como colaboradora del autónomo

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y en vigor desde el 8 de julio de 2012, ha modificado implícitamente el campo de aplicación previsto en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos[167], al introducir en su DA undécima, bajo la rúbrica *«bonificaciones por nuevas altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos»*[168]*,* un supuesto a través del cual la pareja de hecho, constituida al amparo de lo establecido en el TRLGSS, podrá incorporarse al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia, obteniendo una bonificación durante los 18 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta equivalente al cincuenta por ciento de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo de cotización vigente, cuando colaboren con aquéllos mediante la realización de trabajos en la actividad que el mismo venga desarrollando, y se incorporen como nuevas altas[169], equiparándose así al clásico cónyuge colaborador.

Sin embargo, la pareja de hecho colaboradora no podrá ser beneficiaria de la prestación por cese de actividad. La Ley 32/2010, de 5 de agosto, de protección de trabajadores autónomos, no enumera en su art. 5 la ruptura de la convivencia de hecho como situación legal de cese de actividad[170], estableciéndose sólo en su aparatado e) *«por divorcio o acuerdo de separación matrimonial, mediante la correspondiente resolución judicial, en los supuestos en que el autónomo divorciado o separado ejerciera funciones de ayuda familiar en el negocio de su excónyuge o de la persona de la que se ha separado, en función de las cuales estaba incluido en el correspondiente régimen de Seguridad Social, y que dejan de ejercerse a causa de la ruptura o separación matrimoniales»*, precepto aplicable únicamente a los sujetos

[166] En este sentido, la STSJ de La Rioja 66/1998, de 31 de marzo, F. 2º, la STSJ de Cataluña 8404/2000, de 18 de octubre, F. 2º, la STSJ de Andalucía (Sevilla) 3163/2002, de 13 de septiembre, F. 2º y la STSJ de Islas Canarias 989/2006, de 31 de julio, F. único

[167] En su art. 3 señala que el cónyuge y el familiar del empresario, hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad, e incluso por adopción, se ha de encuadrar en el RETA como autónomo colaborador cuando realice de forma habitual, personal y directa trabajos en el negocio de aquél, siempre que convivan juntos y no se tenga la condición de asalariado. En el mismo sentido, el art. 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador autónomo.

[168] Llama la atención que en el título de la DA no se mencione específicamente a las parejas de hecho, sino que simplemente se enuncie la palabra familiares.

[169] El término nuevas alta ha de entenderse desde una doble perspectiva, por un lado, una interpretación flexible permitiría que cada vez que el colaborador se diera de alta en este Régimen, pudiera aplicarse dicha bonificación y por otro lado, una más restrictiva, se interpretaría en el sentido del alta por primera vez, lo cual impediría aquélla de nuevo. Véase FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., «El encuadramiento de la pareja de hecho en la seguridad social como colaboradora del trabajador autónomo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 11/2013 parte Estudio,* p. 10. La pregunta que subyace es si la pareja de hecho podría darse de alta en el RETA en el caso de no tratarse de una nueva alta, FERNÁNDEZ ORRICO opina que *«en cualquier caso, con o sin bonificación, cada vez que la pareja de hecho colaboradora del trabajador autónomo realice los trabajos de la actividad de este último deberá darse de alta en el RETA».*

[170]. Véase GUERRERO VIZUETE, E.*,* ob. cit., pp. 10 y ss, BLASCO LAHOZ, JF., «La protección por cese de actividad en el régimen especial de trabajadores autónomos», Tirant lo Blanch, Colección laboral 2010, Valencia, 2012, p. 19, BARCELÓN COBEDO, S., «Desempleo y trabajadores autónomos: la nueva prestación por cese de actividad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 18/2011 parte Estudio,* pp. 5 y 6, y CAVAS MARTÍNEZ, F., «La protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 15/2010 parte Tribuna,* p. 5.

unidos por vínculo matrimonial. El problema del conviviente de hecho radica cuando cesa en su actividad no por causas económicas, fuerza mayor, pérdida de licencia o violencia de género, sino cuando se separa de su pareja. Una situación que no ha venido a favorecer el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, mediante él que se desarrolla la Ley reguladora de la prestación por cese de actividad, al omitir cualquier referencia a la inclusión en el ámbito subjetivo de la prestación las formas de colaboración familiar de las parejas de hecho.

No obstante, esta disposición adicional viene a solucionar determinados problemas de encuadramiento ya que con anterioridad a la Ley 3/2012, de 6 de julio, la legislación impedía el alta de la pareja de hecho del empresario en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia.

Por poner un ejemplo sencillo, piénsese en una trabajadora que, prestando con total normalidad sus servicios en una clínica dental de Santander, inicia en el año 2002 una relación *more uxorio* con el empresario, inscribiéndose a posteriori en el Registro de Parejas de Hecho de su localidad, al existir entre la pareja hijos comunes, dando cumplimiento al art. 4.3.b) de la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de Cantabria, relativo a los requisitos exigidos para su efectiva constitución. A partir de este momento, se produce un cambio de funciones en la conviviente, ejerciendo ahora de directora, al encargarse de la buena marcha del negocio, así como de la gestión de las retribuciones del resto de asalariados, figurando a estos efectos como titular de la cuenta corriente de la empresa. Por tanto, desvirtuándose la relación laboral entre los convivientes *more uxorio*, la pareja de hecho del empresario ha de encuadrarse en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos como colaboradora de aquél, una vez cumplidas todas las exigencias establecidas en la normativa, al no poder ser considerada trabajadora asalariada al carecer su vínculo de los requisitos tipificados en el art. 1.1 del ET[171].

2. OTROS ASPECTOS DE LA RELACIÓN LABORAL *MORE UXORIO*

2.1. El permiso retribuido por matrimonio

El permiso retribuido por matrimonio que el Estatuto de los Trabajadores recoge en su art. 37.3.a) podrá extenderse a supuestos de uniones civiles de parejas estables cuando así se estipule por convenio colectivo[172].

De este modo, la STSJ de Cataluña 3339/2003, de 12 de marzo, reconoce el derecho de un trabajador a disfrutar de la licencia de quince días al estar ésta reconocida a los convivientes *more uxorio* en el art. 35 de su convenio, establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia en el ámbito de la sanidad privada, matizando en su F. 4º que este permiso retribuido no permite al trabajador hacer uso del mismo cuando más le convenga, sino cuando se formaliza la unión estable, no impidiéndose su disfrute en un momento posterior siempre que el derecho no haya prescrito y las razones de su retardo se acomoden a los parámetros de buena fe, prohibiéndose así su utilización abusiva.

[171] En este sentido, la STSJ de Castilla y León (Burgos) 11/2014, de 17 de enero, F. 5º y 6º.

[172] El VIII Convenio Colectivo de Comercio de Cataluña para subsectores y empresas sin convenio propio señala en su apartado 5.4 que corresponde a los trabajadores, previo aviso y justificación, quince días de licencia por constituirse como pareja de hecho al amparo de la Ley 10/1998, de 15 de julio. Además, el Convenio Colectivo para la Industria de Hostelería de la Comunidad Foral de Navarra establece en su art. 31 el permiso de quince días reconocido a los trabajadores que conforman una unión de hecho cuando ésta se acredite mediante certificación de empadronamiento en la misma vivienda e inscripción en el Registro de Parejas de Hecho. También, el Convenio Colectivo del sector para la Industria del Metal del Principado de Asturias enumera en su art. 9 que las parejas de hecho, indistintamente de cual sea el sexo de sus componentes, siempre que la convivencia se acredite de forma suficiente (certificado de empadronamiento común por un período continuado de al menos dos años con anterioridad a la fecha de solicitud, certificación de registro de parejas de hecho o, cualquier otro documento que, con carácter oficial, acredite su situación de convivencia de pareja por un período continuado) generan la licencia de quince días.

En sentido contrario, el Tribunal Supremo en su Sentencia 3544/2012, de 10 de mayo, deniega a una Magistrada el derecho a disfrutar de una licencia de quince días, tras haberse inscrito en el Registro de Parejas de Hecho de Cantabria, al alegar que el supuesto planteado no se encuentra comprendido ni en el art. 373 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ni en el art. 223 del Reglamento 2/2011, de 28 de abril, de la carrera judicial, no siendo posible una interpretación extensiva de dichos preceptos por no existir, conforme a la jurisprudencia, analogía entre el matrimonio y la pareja de hecho[173]. Sin embargo, a la pareja de hecho de la Magistrada, siendo funcionario de Justicia del Gobierno de Cantabria, la licencia le ha sido concedida de conformidad con el art. 17 de la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de hecho[174].

Así, las leyes reguladoras de las uniones de hecho de las Comunidades Autónomas conceden a los empleados públicos el derecho a disfrutar de dicho permiso en igualdad de condiciones que si se tratara de una licencia por matrimonio[175].

2.2. La movilidad geográfica

No obstante, la distinción entre cónyuges y parejas de hecho afecta también a otros aspectos de la relación laboral. Así, el Estatuto de los Trabajadores en su art. 40.3 reconoce al cónyuge el derecho al traslado cuando su consorte ha sido trasladado a otra localidad y ambos son trabajadores de la misma empresa, siempre que hubiera puesto de trabajo. Sin embargo, no es aplicable a los trabajadores que conviven maritalmente, a menos que la negociación colectiva lo prevea.

De esta forma, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional las uniones de hecho y el matrimonio no son realidades equivalentes, por lo que no es posible una traslación automática a la primera de aquéllas de todo el compendio normativo referido al matrimonio, no pudiéndose apreciar tampoco lesión alguna al principio de igualdad.

Si bien, el Convenio Colectivo de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles establece en su art. 333 que si por traslado, el integrante de una pareja de hecho cambiase de residencia, el otro, si fuera también trabajador, tendrá derecho a trasladarse a la misma localidad si hubiera puesto de trabajo.

Asimismo, la STSJ de Cataluña 267/2014, de 16 de enero, no estima en un traslado forzoso discriminación alguna por la no aplicación a efectos de permanencia en el centro de trabajo el criterio de pareja de hecho, al igual que sucede con los trabajadores casados, al señalar el Tribunal que no reconocer los derechos derivados del matrimonio a quien no lo contrajo, no viola los preceptos de la Constitución Española, pues para poder hablar de discriminación se exige un tratamiento desigual para situaciones iguales.

---

[173] Sin embargo, el Magistrado Nicolas Maurandi Guillen formula un VOTO PARTICULAR, entendiendo que en el recurso ha debido reconocerse a la demandada el derecho a la licencia de quince días que solicitó en razón de haberse inscrito en el Registro de Parejas de Hecho de Cantabria. Alega que los tiempos actuales han hecho que el matrimonio se convierta en un modelo insatisfactorio, optando la ciudadanía por las uniones de hecho al no querer renunciar a una vida estable. Asimismo, entiende que no hay razones que justifiquen un trato jurídico diferenciado entre los efectos que el matrimonio o la unión de hecho produce frente a terceros, bien sean particulares o poderes públicos, señalando además que le es de aplicación el art. 14 de la Ley de Parejas de Hecho de Cantabria en el que se establece que las uniones gozarán de los mismos beneficios, derechos y obligaciones del matrimonio. Por otro lado, señala que la licencia que regula la LOPJ debe valorarse como una medida destinada a conciliar la vida personal y profesional ya que su finalidad es ofrecer al beneficiario un tiempo para asimilar un cambio en la vida personal como lo es el inicio de la convivencia, entendiendo que la desigualdad de trato en relación a la licencia vulnera la libertad personal y el principio de igualdad que nuestra Constitución recoge, pudiéndose solucionar a través de la aplicación analógica del art. 4.1 del CC en la medida en que en el año 1985, fecha de aprobación de la LOPJ, el matrimonio era el único modelo de convivencia reconocido por el ordenamiento jurídico, existiendo ahora otros modelos alternativos de convivencia que las CCAA han venido regulando. Finalmente, opina que las Sentencias invocadas para denegar la licencia no contienen una doctrina que sea válida al caso enjuiciado, alejándose aquéllas de la pretensión de la actora.

[174] Además, la STSJ de Madrid 8952/2011, de 3 mayo, reconoce a un funcionario del Cuerpo de la guardia civil el derecho a disfrutar del período de quince días al formalizar su relación sentimental como pareja de hecho.

[175] Véase p.e el art. 7 de la L del Principado de Asturias, el art. 13 de la L Foral de Navarra, el art. 21 de la L de Andalucía, el art. 8 de la L de Madrid, el art. 10 de la L de Extremadura o el art. 11 de la L del País Vasco.

CONCLUSIONES

1. El matrimonio ha dejado de ser la única vía para constituir núcleos familiares de convivencia estable, adquiriendo cada vez más importancia en nuestra sociedad otras realidades sociales como son las uniones de hecho.

2. En la actualidad las relaciones de hecho son un fenómeno social en continuo crecimiento al que el Derecho debería dar una respuesta adecuada y justa.

3. A pesar de que nuestra Constitución no recoge un concepto de familia, de la lectura de sus diferentes preceptos se infiere la protección a las parejas de hecho.

4. Teniendo en cuenta que esta realidad social se encuentra amparada en la Constitución Española, y que por tanto debe de recibir una protección jurídica, económica y social adecuada, un procedimiento de protección podría ser la elaboración estatal de una ley de mínimos que sirva para sentar las bases, a la par que evitar las situaciones de desigualdad y de inseguridad jurídica que la legislación autonómica ha provocado. Sin embargo, el régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho tiene que ser siempre de carácter dispositivo, no imponiendo aquél a las uniones que deseen mantenerse al margen de los formalismos.

5. La distribución de competencias que en materia de legislación civil configura la Constitución Española genera una excesiva conflictividad cuando las Comunidades Autónomas regulan materias fuera de su ámbito competencial.

6. La casuística generada alrededor de las uniones de hecho hace que sean los Juzgados y Tribunales los que tengan que resolver las controversias surgidas, lo que provoca una excesiva carga de trabajo a los órganos judiciales y entorpece la agilidad de los pronunciamientos. Además, las soluciones dadas por estos órganos a los conflictos planteados a menudo no satisfacen las expectativas de las partes, provocando innumerables recursos.

7. La ausencia de una normativa estatal ha sido cubierta, en algunos casos, por las Comunidades Autónomas, que han legislado de una manera bastante heterogénea, por lo que se ha creado una excesiva fragmentación legislativa, incompleta y con importantes carencias, que no parece la respuesta más justa a la presente situación, porque podría llegar a contravenir el principio de igualdad provocando una clara discriminación, al establecerse una disparidad de criterios en la constitución de uniones estables.

8. La formulación de una norma estatal vendría a dar cobertura a los convivientes de hecho en aquellas Comunidades Autónomas que no han legislado sobre la materia, o lo han hecho de forma incompleta. La normativa heterogénea y dispar en materia de parejas estables ha traído como consecuencia la aparición tanto de situaciones de desprotección como de sobreprotección.

9. Las modificaciones que viene haciendo el legislador en la normativa estatal vienen provocando una segmentación de la regulación que dificulta su seguimiento. Se podría pensar que sería más adecuado establecer la regulación de su régimen jurídico en un cuerpo único.

10. El actual vacío normativo existente en relación a ciertas materias referentes a las uniones de hecho ha nacido de la falta de consenso político para crear una norma básica en materia de parejas estables.

11. Las uniones de hecho son un fenómeno social y familiar que, a día de hoy, no ha encontrado aún su lugar en el ordenamiento jurídico español.

12. El Derecho Civil se resiste a regular la figura de las parejas de hecho, ya que ello supondría su reconocimiento en el ordenamiento jurídico, algo a lo que a priori parecen oponerse quienes integran aquéllas.

13. La unión de hecho genera entre sus miembros una relación familiar a la que nuestro ordenamiento le ha venido reconociendo favorables efectos jurídicos.

14. Históricamente el Tribunal Constitucional ha venido oponiéndose a conceder la pensión de viudedad a los convivientes *more uxorio* en un intento de coherencia con la legislación entonces vigente, y no con una sincera intencionalidad de dejar fuera del campo de protección a las parejas estables, al señalar que en nuestra Constitución no existe ningún impedimento que imposibilite extender el ámbito subjetivo de aplicación de la pensión de viudedad a las uniones de hecho.

15. La disposición adicional que incluyó 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, supuso una vía de entrada a la pensión de viudedad para los convivientes *more uxorio,* sin embargo se convirtió en fuente de incardinados problemas al restringir a las uniones homosexuales el derecho a la misma. Asimismo, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, al no establecer la retroactividad de sus disposiciones, continua denegando al supérstite causante de la pareja homosexual la pensión de viudedad sin una razonable justificación.

16. El artículo 41 de la Constitución Española señala que el fundamento de las prestaciones sociales es la situación de necesidad, derivando aquélla como consecuencia de la muerte de uno de los miembros de la unidad familiar, no parecía lógico que si es legislador constitucional primaba este criterio, posteriormente, el legislador ordinario restringiese el mismo y priorizase sobre éste la naturaleza del vínculo afectivo.

17. El derecho a la pensión de viudedad supone una ruptura con la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha venido configurando de manera consolidada a lo largo de los años.

18. La pensión de viudedad en supuestos especiales no trata de proteger a todas las uniones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, sino sólo a aquellas que, por sus circunstancias especiales, son merecedoras de una protección retroactiva.

19. La normativa de Seguridad Social permitió a los convivientes acceder a la pensión de viudedad mediante dos supuestos diferenciados, estableciéndose en el transitorio y especial una duración de la convivencia superior al general u ordinario, se evidencia la pretensión de restringir el número de beneficiarios. Asimismo, al no existir por parte del legislador una obligación de extender la protección con carácter retroactivo, no se puede afirmar que dichos criterios vengan a contradecir el principio de no discriminación.

20. El supuesto transitorio de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, al permitir con carácter retroactivo la inclusión del supérstite de la pareja de hecho en el campo de protección de la Seguridad Social, supera la tradicional exclusión de las uniones homosexuales.

21. El reconocimiento y la extensión del ámbito subjetivo de la pensión de viudedad a los convivientes *more uxorio* no afecta a todas las parejas de hecho, sino sólo a las que cumplan los requisitos formales, de convivencia y de desequilibrio económico o estado de necesidad previstos en la normativa.

22. La Ley de medidas en materia de Seguridad Social introduce una diferencia importante en relación a la pensión de viudedad matrimonial, al no exigir con carácter general a los cónyuges un período mínimo de matrimonio para devengar aquélla, teniendo asimismo que acreditar el supérstite de la unión una convivencia establece y notoria de duración no inferior a cinco años.

23. La acreditación de una convivencia mínima al conviviente supérstite no puede considerarse desproporcionada pues con la medida sólo se pretende diferenciar la unión estable de la que no lo es ni pretende serlo con la finalidad de evitar fraudes en la prestación ya que en las parejas de hecho a diferencia de las del matrimonio no existe un compromiso de futuro.

24. Se ve conveniente ampliar el reconocimiento de la pensión de viudedad a aquellos supuestos en los que acreditándose la existencia de la convivencia de hecho no se alcanzase el periodo de cinco años exigido en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y más aún, en aquellos casos donde puedan existir hijos comunes.

25. La pensión de viudedad únicamente la devengan aquellas parejas de hecho que cumplan determinadas formalidades, respetándose así la voluntad de aquellas uniones de personas que no desean someterse a ninguna regulación.

26. Las parejas de hecho deben cumplir unos requisitos de carácter económico que restringen su acceso a la pensión de viudedad en la medida que se establece el derecho del pobre, devengándose sólo aquélla si el supérstite acredita que no tiene ingresos, o éstos son mínimos en relación a los de su compañero fallecido. Por otro lado, carentes de justificación, al no ser requeridos a los cónyuges, toda vez que el daño sufrido por la muerte del causante es en ambos casos el mismo.

27. Los diferentes requisitos exigidos a los convivientes *more uxorio* no vulneran el principio de igualdad que nuestra Constitución consagra en la medida en que si la exclusión de aquéllos del campo de aplicación de la pensión de viudedad era conforme al principio de igualdad, con más razón lo es un régimen intermedio de protección que permite su acceso, aun cuando se exijan criterios diferenciados respecto a las parejas matrimoniales.

28. Los requisitos restrictivos que el legislador ha configurado en el acceso de esta pensión de viudedad ponen de manifiesto el ahorro que estas uniones supone al sistema público de la Seguridad Social. Si los requisitos fueran mucho más livianos, más parejas de hecho se hubieran beneficiado de esta pensión. Cuestión que no ha interesado desde el punto de vista económico.

29. Las diferencias establecidas entre los cónyuges y los meros convivientes debieran desaparecer en el fututo, extendiéndose el requisito de carácter económico con independencia del vínculo afectivo, opción que no queda descartada de futuras reformas, consiguiéndose así, una igualdad real que sería coherente con los principios que fundamentan el sistema de Seguridad Social.

30. Los convivientes *more uxorio* se encuentran desprotegidos ya que a pesar de tener inicialmente la condición de asalariados los Tribunales les deniegan aquélla amparándose en el no cumplimiento de los requisitos enunciados en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

31. La disparidad de criterios jurisprudenciales a la hora de delimitar la existencia de una verdadera prestación de servicios entre los convivientes *more uxorio* no permite determinar una doctrina clara que solucione sus problemas.

32. La falta de ajenidad y dependencia en la prestación de servicios reconduce el encuadramiento del conviviente colaborador hacia el ámbito del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

33. Con anterioridad a la Ley 3/2012, de 6 de julio, la normativa impedía que la pareja de hecho del trabajador por cuenta propia se diera de alta como autónomo colaborador en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

34. El conviviente que colabore en el negocio del cual es titular su pareja de hecho dispone de dos opciones: puede optar por encuadrarse en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena, exponiéndose a que en caso de ruptura, la Entidad Gestora primero y los Tribunales después le denieguen la prestación por desempleo al no cumplir los requisitos del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, o bien puede encuadrarse como autónomo colaborador en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia, no teniendo acceso a la prestación económica por cese de actividad en caso de finalizar la convivencia.

35. Los convivientes *more uxorio* pueden disfrutar de una licencia análoga al permiso retribuido por matrimonio cuando su convenio colectivo de aplicación lo prevea expresamente.

36. La inscripción en los Registros de Parejas de Hecho no genera efectos jurídicos frente a terceros, limitándose sólo a los que la propia normativa de la Comunidad Autónoma disponga en sus articulados.

37. Los empleados públicos que se inscriben en los Registros de Parejas de Hecho tienen derecho a una licencia retribuida de quince días en igualdad de condiciones que los sujetos unidos por vínculo matrimonial.

38. A los trabajadores que conviven maritalmente no se les aplica el derecho al traslado reconocido al consorte en el artículo 40.3 del Estatuto de los Trabajadores, a menos que se encuentre establecido mediante negociación colectiva, evidenciándose así la distinción existente entre ambas realidades en el ámbito de las relaciones laborales.

39. Las diferencias establecidas entre la institución del matrimonio y el fenómeno social de las parejas estables no vulnera el principio de igualdad y no discriminación al no ser situaciones equivalentes, no siendo posible así una traslación automática a la segunda de aquéllas de todo el compendio normativo referido al matrimonio al no poder aplicarse entre ellas la analogía.

40. En los últimos años se han producido diversas iniciativas que han regulado la pareja de hecho en el sistema de la Seguridad Social ya sea en relación con la pensión de viudedad o como respuesta al encuadramiento en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

41. Las uniones de hecho, a pesar de conformar en nuestros días un modelo familiar de vida, para el legislador ordinario continúan siendo de segundo nivel, otorgando menor grado de protección.

BIBLIOGRAFÍA

ACEBO PENCO, A., «El matrimonio: las uniones no matrimoniales» en Derecho de familia, Colección Vlex Global, Dykinson, Madrid, 2013.

ALONSO PÉREZ, J.I., «El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea», VLex, Universidad de Bolonia, Enero 2007.

ÁLVAREZ CUESTA, H., «Uniones de hecho y su incidencia en la Seguridad Social», La Ley 19362/2009, Universidad de León.

ANDREZEJ WÓJCIK, *«Capitulo I: Delimitación del concepto de unión de hecho»*, en *Pareja de hecho y matrimonio. Un estudio de las diferencias*, Navegraf SL, Navarra, 2002.

ALZUETA GOYENECHE, L., «Pensión de viudedad de parejas de hecho: diferencias no justificadas entre Comunidades Autónomas», *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 2/2014 parte Fichas de Jurisprudencia*.

BARBER CÁRMANO, R., «La incidencia del principio de igualdad ante la ley sobre el matrimonio no inscrito (Consideraciones entorno a la STC 199/2004, de 15 de noviembre, RTC 2004,199), *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 4/2005 parte Estudio*.

BARCELÓN COBEDO, S., «Desempleo y trabajadores autónomos: la nueva prestación por cese de actividad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 18/2011 parte Estudio*.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 4 del Código Civil», Aranzadi S.A. Pamplona, enero 2009, pp. 1 y ss, o «Las parejas de hecho», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol. I 1993 parte Estudio*.

BIEDMA FERRER, JM., «Diversidad de normas aplicables en las Comunidades Autónomas y principio de igualdad» en Uniones de hecho y principio de igualdad. Algunas cuestione conflictivas, Vlex, Universidad de Cádiz.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L*., Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Trivium, S.A., Ed. Primera, Madrid, 1992.

BLASCO LAHOZ, JF., «La protección por cese de actividad en el régimen especial de trabajadores autónomos», Tirant lo Blanch, Colección laboral 2010, Valencia, 2012.

CARDENAL CARRO, M., «La Seguridad Social en la Constitución vista por el Tribunal Constitucional (I)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. V parte Tribuna*.

CAVAS MARTÍNEZ, F., «La protección por cese de actividad de los *trabajadores* autónomos», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 15/2010 parte Tribuna*.

CERVERA SOTO, T., «Las recientes propuestas legislativas sobre uniones no matrimoniales: análisis de su contenido y de sus consecuencias jurídicas», Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 384/1999.

CHINCHILLA MARÍN, C., «La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil vol.I parte Estudio,* BIB 1995/33.

COCA PAYERAS*, M., «* Competencia legislativa civil, parejas de hecho, libre desarrollo de la personalidad e ilimitada autonomía de la voluntad», *Revista de Derecho Civil*, Vol. I, núm. 1, Islas Baleares, enero-marzo 2014.

- *Comentario al Artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, Supuesto Práctico. Pensión de viudedad. Pareja de hecho, Publicación: Seguridad Social, inscripción de empresas, afiliación y recaudación, BIB 2013/2110, Aranzadi, enero 2013.

CUENAS CASAS M*., «*Uniones de hecho y abuso de derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio», Diario La Ley, núm. 6210, Sección Doctrina 875/2005, Universidad Complutense de Madrid.

DE CASTRO MEJUTO, L.F., «A propósito de la pensión de viudedad para las parejas de hecho», Vlex, 2008.

DE LA IGLESIA PRADOS, E*.,* «La eficacia actual de las normas reguladoras de las parejas de hecho», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 8/2013 parte Estudio*.

DE LAMO MERLINI, O., «Las dificultades de la interpretación del artículo 149.1.8º CE», Aranzadi, Madrid.

DESDENTADO DAROCA, E*.,* «Homosexualidad y pensión de viudedad. Una reflexión crítica sobre los problemas de Derecho transitorio», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 10/2009 parte Estudio*, o *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*, Bomarzo SL, ed. primera, 2009.

DÍEZ PICAZO, L., Y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia*. Tecnos, Ed. Undécima, volumen IV, Madrid.

ECHEVERRÍA ALBACAR, I., «Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril», Diario La Ley, núm. 8221, Sección Doctrina, 10892/2013, Tarragona, 2013.

EGÚSQUIZA BALMASEDA, Mª A*,* «Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2013, de 11 de abril y 93/2013, de 23 de abril», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 5/2013 parte Estudio*.

ESPADA MALLORQUÍN*, S.,* «El reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho en derecho español: evolución legislativa y jurisprudencial», La Ley, Madrid, 200.

ESTRADA ALONSO*, E.*, *Las uniones extramatrimoniales en el derecho civil español*, Civitas, Ed. 2º, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.*,* «El encuadramiento de la pareja de hecho en la seguridad social como colaboradora del trabajador autónomo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 11/2013 parte Estudio*.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., «El reconocimiento retroactivo de la pensión de viudedad a las parejas», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 10/2006 parte Estudio*.

GARCÍA BLANCA, J.M., «Reconocimiento de prestación por desempleo a cónyuge trabajador: trabajo asalariado o connivencia», *Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. núm. 8/20092/2009 parte presentación*.

GARCÍA BLASCO, J., «Desajustes entre el ordenamiento laboral y de la Seguridad Social y principios constitucionales. A propósito de la reciente modificación del art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social», La Ley 860/2001, Universidad de Zaragoza.

GARCÍA PAREDES, MªL., «Trabajos familiares y uniones de hecho. Comentario a la STS (Sala 4.ª) de 11 de marzo de 2005», La Ley 3789/2005.

GARCÍA-POSADA GÓMEZ, E., *El concepto de convivencia no matrimonial en derecho español*, en ADC, fascículo III, 2003.

GARCÍA QUINTAS, M*.,* «El libro de familia no acredita que exista pareja de hecho», *Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 826/2011 parte Comentario*.

GARCÍA RUBIO, Mª.P., «Las uniones de hecho en España. Una visión jurídica», Vlex.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.*V,* «Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 6/2002 parte estudio*, o «La diferencia de trato constitucionalmente ilegítima entre el matrimonio y la unión libre; en especial, la doctrina del TC sobre la inadmisibilidad de la causa que impidió contraer matrimonio a los convivientes», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 2/2002 parte Estudio*.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., «Acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad», *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 4/2009 parte Comentario.*

GRACIA ALEGRÍA, G.*,* en AA.VV. «Análisis: Matrimonio celebrado por rito gitano (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007)», Revista de seguridad social y laboral. Tribuna Social nº 205. CISS. Grupo Wolters Kluwer, Valencia, enero 2008.

GUERRERO VIZUETE, E., «Convivencia more uxorio y prestación por cese de actividad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2012 parte Estudio*.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, G, en AA.VV., *Las uniones de hecho. Una aproximación plural,* Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999.

KAHALE CARRILLO, D.T., «La incidencia de la pensión de viudedad en los matrimonios homosexuales», La Ley 125/2008, Universidad de Salamanca.

LAMARCA I MARQUÉS, A. Y ALASCIO CARRASCO, L., «Parejas de hecho y pensión de viudedad», *Revista para el análisis del derecho: Indret*.

LÓPEZ AZCONA, A., «Aspectos jurídicos de la ruptura de las parejas de hecho», Duodécimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, La Ley, Universidad de Zaragoza.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, C.V., «La nueva noción del matrimonio: visto por el Tribunal Constitucional», La Ley 1094/2013.

LÓPEZ TERRADA, E., *Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el régimen general de la seguridad social,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LORENZO REGO, I., «Hacia la codificación de la pareja estable», Actualidad Civil núm.19, La Ley núm.13349/2010.

LUJÁN ALCARAZ, J., «*El* ámbito subjetivo del Estatuto de los trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 58*, o «La empresa familiar ante el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 10/2006 parte Tribuna*.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y*.,* «La acreditación del vínculo y de la convivencia more uxorio en las parejas de hecho: una aproximación jurisprudencial», Diario La Ley 2293/2013, Santiago de Compostela.

MARTÍN-CASALS, M., «El derecho a la convivencia anómica en pareja: ¿Un nuevo derecho fundamental?», *Revista para el análisis del derecho Indret*, Barcelona, 2013.

MARTÍNEZ ABASCAL, VA., «La evolución normativa en el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 17/2010 parte Estudio*.

MATA DE ANTONIO, J.Mª., «Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación? (Análisis de la normativa autonómica)», Acciones e Investigaciones Sociales, Vlex, Universidad de Zaragoza.

MARTÍNEZ GALLEGO, E.M (coord.), en AA.VV. *Matrimonio y uniones de hecho*, Universidad de Salamanca, 2001.

ALONSO PÉREZ, M., «El derecho de familia, entre lo viejo y lo nuevo» en Matrimonio y uniones de hecho, Salamanca, 2001.

GARCÍA GÓMEZ, R., «El contrato de unión civil. Reflexiones sobre la conveniencia de una regulación de las uniones de hecho» en Matrimonio y uniones de hecho, Salamanca, 2001.

MARTÍNEZ GÓMEZ, Mª. I., «Las parejas de hecho», *Saberes: revista de estudios jurídicos, económicos y sociales vol. I*, Vlex, Madrid, 2003.

MELLA MÉNDEZ, L., «El concepto pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9/2012 parte Estudio*, BIB 2012/17.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., «La pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 6/2008 parte Estudio*, o «La reforma de las prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente, jubilación y viudedad efectuada por la Ley 40/2007 de medidas en materias de seguridad» en *Legislación social (2006-2008): Análisis crítico,* Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2008.

MONTOYA MELGAR, A*.,* «Cometario al artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores. Ámbito de aplicación», Grandes Tratados. Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, BIB 2007/2650, Aranzadi S.A., Madrid.

MORENO GENÉ, J., «La "pensión especial" de viudedad de las parejas de hecho: la prueba de la convivencia estable», *Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. núm. 60/201017/2010 parte Presentación*, o «Pensión especial de viudedad para parejas de hecho sin hijos comunes», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 2/2013 parte Estudio*.

MURILLO MUÑOZ, I., «Cuestiones previas: acercamiento a la realidad social española sobre las pareja de hecho y delimitación conceptual» en *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio,* Vlex, 2007, o «La concepción romana del matrimonio en el derecho clásico y justinianeo. El concubinato» en *Matrimonio y convivencia en pareja en el ámbito de la Unión Europea. Hacia un nuevo modelo de matrimonio,* Vlex, 2007.

NAVARRO ROLDÁN, R*.,* **«**Pensión de supervivencia. Presente y futuro de la pensión de viudedad», La Ley, grupo Wolters Kluwer. ed. primera, 2006.

NICOLÁS ALEMÁN, P., «Relaciones personales y relaciones laborales», Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. núm. 71/201119/2011parte Presentación.

ORCARAY REVIRIEGO, J. «Convivencia more uxorio. A propósito de la STS 24 de febrero de 2000 (RJ 2000,2236), que otorga el derecho a la prestación por desempleo a trabajadora despedida por el empresario con el que convive», *Boletín Aranzadi Laboral núm. 7/2002 parte Boletín*.

PANERO, P., «El Concubinato Romano como antecedente de las actuales parejas de hecho», Revista Internacional de Derecho Romano, Universidad de Barcelona, Octubre 2010.

PANIZO ROBLES, J.A., «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)», CEF.- Laboral Social.

PÉREZ ALONSO, Mª.A., *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

POQUET CATALA, R., «Pensión de viudedad en matrimonios homosexuales», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 1/2013 parte Estudio*.

PUGA GÓMEZ, S., «La convivencia «more uxorio» y la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de enero de 2003 (RJ, 2003,4)», *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil núm. 49/2002 parte Boletín*.

PULIDO QUECEDO, M., «Las uniones de hecho ante el TC», *Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 865/2013 parte Tribuna*.

REINA, V. Y MARTINELL, J.Mª, *Las uniones matrimoniales de hecho*, Marcial Pons, ed. jurídicas y sociales S.A. Madrid, 1996.

- Revista de Seguridad Social y Laboral en AA.VV.: Tribuna Social. Número monográfico, La pensión de viudedad. Régimen vigente y perspectivas de futuro, nº 209, CISS. Grupo Wolters Kluwer, Valencia, mayo 2008.

BALLESTER PASTOR, I., «La cuantía de la pensión de viudedad tras la ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho».

GARCÍA NINET, J.I., «Acerca de la pensión de viudedad».

GRACIA ALEGRÍA, G., «El acuerdo de reforma de pensiones y la ley de medidas de seguridad social: cuestiones resueltas y cuestiones pendientes: pensión de viudedad para parejas de hecho».

LÓPEZ CUMBRE, L., «Los nuevos pensionistas de viudedad».

RUANO ALBERTOS, S., «Criterios jurisprudenciales y judiciales en torno a los beneficiarios de la pensión de viudedad».

RIVAS VALLEJO, P. Y VILLAGRASA ALCAIDE, C., «La protección de la familia y de las uniones de hecho», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 57*.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «Pensión de viudedad, parejas de hecho y Comunidades Autónomas (a propósito de la remisión a la legislación autonómica en el art. 174.3 LGSS)», Actualidad Laboral, núm. 20, Sección Estudios, La Ley 17675/2011, Universidad de Oviedo.

RODRÍGUEZ INIESTA, G., «Exclusión del Régimen General por razón de parentesco. No es aplicable a quien simplemente ostenta la condición de pareja de hecho», *Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. paraf. I13 parte Presentación,* BIB 1998/367.

RUBIO GIMENO, G., «Comentario Aspectos de las relaciones familiares personales y patrimoniales», Vlex, Barcelona, 2014.

RUBIO TORRANO, E., «Pensión de viudedad al supérstite de pareja homosexual» *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 3/2013 parte Tribuna*.

SALAS CARCELLER, A., «Efectos patrimoniales de la convivencia *more uxorio», Publicación: Repertorio de Jurisprudencia núm. 2/2003 parte Estudio*.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, MªO., «Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares», Vlex.

SANZ CABALLERO, S., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las uniones de hecho», *Publicación: Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional núm. 8/2003 parte Estudio*.

SASTRE IBARRECHE, R., «Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 15/2007 parte Estudio*.

SEMPERE NAVARRO, A.V., «Prestación de desempleo tras trabajo familiar», *Revista Aranzadi Doctrinal núm. 1/2009 parte Comentario*.

TORRES LANA, J.A., «Las parejas de hecho», Vlex, Islas Baleares.

VARGAS ARAVENA, D., «De los daños civiles en las uniones de hecho», en *Daños civiles en el matrimonio,* La Ley, 2009.

ZURILLA CARICAÑA, Mª.A., «Las uniones de hecho. Aspectos patrimoniales», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 22/2007 parte Estudio*.