

1.2. Derecho de Familia

Hacia la igualdad de trato en el acceso a la pensión de viudedad de las parejas estables: algunas consideraciones sobre el concepto de pareja de hecho y las novedades de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones

Towards equal treatment in access to the widow's pension for stable partners: some considerations on the concept of unmarried partners and the new features of Law 21/2021 of December 28 on guaranteeing the purchasing power of pensions

por

M.^a TERESA DUPLÁ MARÍN
Catedrática de Universidad (ESADE.URL)

RESUMEN: La variedad de modelos familiares es una realidad de nuestra sociedad inclusiva. En este sentido, las parejas estables se han ido consolidando con el paso de los años, pero aún quedan algunas cuestiones abiertas y por resolver. Una de ellas, el acceso a la pensión de viudedad en igualdad de trato y sin diferencias según la comunidad autónoma en la que se resida, diferencia que la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones evidencia por primera vez. Dicho lo cual, objetivo de este trabajo es ahondar en el origen de las causas que propician dicha discriminación, con el fin de presentar una propuesta de *lege ferenda* que posibilite una solución a este problema que sea, además, coherente en el conjunto de todo nuestro ordenamiento jurídico.

ABSTRACT: The variety of family models is a reality of our inclusive society. In this sense, stable couples have been consolidating over the years, but there are still some open questions to be resolved. One of these is equal access to a widow's or widower's pension, without differences depending on the Autonomous Community in which they live, a difference that Law 21/2021, of 28 December, on guaranteeing the purchasing power of pensions, highlights for the first time. That said, the aim of this paper is to delve into the causes of this discrimination, with the aim of presenting a *lege ferenda* proposal that will enable a solution to this problem that is also coherent throughout our legal system.

PALABRAS CLAVE: Pareja estable. Pareja de hecho. Pensión de viudedad. Principio de igualdad o no discriminación. Modelos familiares.

KEY WORDS: *Stable partnership. Unmarried partner. Widow's pension. Principle of equality or non-discrimination. Family models.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO.—II. MODELOS FAMILIARES Y PLURALIDAD LEGISLATIVA: UNA REALIDAD RECOGIDA POR EL DERECHO ROMANO QUE SE REPITE HOY.—III. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY 21/2021 EN LO QUE RESPECTA AL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE VIUDEDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO.—IV. LA CONFIGURACIÓN VARIABLE DE LA PAREJA ESTABLE EN EL ÁMBITO JURÍDICO PRIVADO: TRES EJEMPLOS DE DIFERENTES FORMAS DE CONSTITUCIÓN Y RECONOCIMIENTO.—V. A MODO DE CONCLUSIONES: UN NUEVO EJEMPLO DE FALTA DE COORDINACIÓN ENTRE ÁREAS DEL DERECHO Y ALGUNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS DEL TRABAJO

El trabajo que presento parte de la creencia en el principio fundamental de no discriminación por razón del grupo familiar del que se forma parte, principio que parece estar presente en muchas de las leyes de parejas estables. Como telón de fondo, una realidad social absolutamente asentada en nuestro país, cual es, la variedad de modelos familiares polarizados en dos principales: el matrimonio y las parejas estables o de hecho. Puesto que a pesar de que podemos hablar de otros modelos, como la familia recompuesta o reconstituida, la familia monogámica, o las parejas no reguladas o libres, las estadísticas confirman que los modelos mayoritarios son los dos iniciales, el clásico matrimonial y las parejas de hecho¹.

Esta realidad familiar actual tiene que ver con el título general del proyecto de investigación en el que el estudio se inserta, «Nuevos Retos del Derecho de Familia en una sociedad inclusiva y global»², y lo que pretendo con él es poner de manifiesto que, queramos o no, a día de hoy en esta área seguimos viviendo muchos cambios y, en algunos casos como el presente, seguimos avanzando por arenas movedizas³. Es sabido por todos, y reclamado desde hace tiempo, que en el ámbito estatal urge una reforma, al menos del Código Civil, que incluya las parejas de hecho para darles una cobertura jurídica unitaria y estable, así como el reconocimiento y lugar que se merecen como modelo familiar.

Y realizada la afirmación precedente, la cuestión de fondo que quiero dejar planteada, centrándome ya en la actual regulación de las parejas estables, es la siguiente: hasta qué punto el sistema plurilegislativo de nuestro Derecho, protegido y amparado por la Constitución española⁴ (art. 149.1.8), en una sociedad que tiende a la inclusividad y a la globalidad, justifica que a día de hoy sigan existiendo diferencias de trato jurídico importantes, problemas en el seno de las familias con resultados evidentemente diferentes, dependiendo del lugar donde resida la familia. Esto es, y en concreto, dependiendo de la normativa que exista en la comunidad autónoma, no ya solo en una comunidad autónoma con Derecho foral propio, que estaría en este caso al menos amparado constitucionalmente,

sino incluso en el resto de las comunidades autónomas sin competencia delegada en materia de Derecho civil.

Y una muestra de dicha discriminación es la atribución de prestaciones sociales, en concreto, la pensión de viudedad. En este sentido, basta analizar la doctrina constitucional generada en torno a las parejas de hecho y la pensión de viudedad⁵, así como una de las últimas sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante TC), sentencia 1/2021, de 25 de enero de 2021, dictada en recurso de amparo núm. 1343-2018⁶, que deniega de nuevo la pensión de viudedad a una viuda casada por el rito gitano y no registrada como pareja estable⁷, para comprender que el tema tiene unas implicaciones que, como acertadamente apunta RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, van más allá de la discriminación racial⁸. A lo que hay que sumar, el cambio de criterio del Tribunal Supremo (en adelante TS) en la sentencia 480/2021, de 7 de abril, de la Sala de lo Contencioso, en la que admite cualquier medio de prueba para acreditar la existencia de la pareja de hecho, esto es, sin que sea necesaria la inscripción en el Registro *ad hoc*, o la constitución en documento público y, más adelante, la vuelta al criterio inicial con la STS 372/2022, de 24 de marzo, de la misma Sala.

Conscientes de esta realidad, la entrada en vigor, el 1 de enero de 2022, de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (en adelante Ley 21/2021), incluye novedades que suponen un avance muy positivo y que aportan una luz de esperanza a la problemática que voy a analizar. Y es que en la misma se manifiesta, por primera vez, la discriminación existente, y se abre un nuevo camino a la reflexión sobre esta cuestión al publicar, en la disposición adicional tercera, y bajo el título de «Concepto de pareja de hecho a efectos del sistema de Seguridad Social», lo siguiente: «En el plazo de un año, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones analizará la configuración de la pareja de hecho desde el punto de vista de la Seguridad Social, a efectos de determinar su alcance en orden a garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional». Sobran las palabras: se trata de una declaración clara y directa sobre la posible discriminación que subyace en este ámbito y que es del todo necesario abordar y solucionar lo antes posible.

En síntesis, las siguientes páginas no pretenden ser un nuevo estudio sobre la diversidad de la normativa de parejas estables, como tampoco pretenden serlo respecto la prestación de viudedad en sí misma, cuestiones todas ellas analizadas en numerosos trabajos precedentes. El objetivo principal de este trabajo es, al hilo de la necesidad manifestada de reflexión sobre el concepto de pareja de hecho⁹, ahondar en el origen de las causas que propician dicha posible discriminación, así como analizar las novedades de la Ley 21/2021 en esta concreta cuestión para, *in fine*, presentar alguna posible propuesta de *lege ferenda* que posibilite una solución a la reconocida falta de igualdad de trato existente en la actualidad en lo que respecta al acceso a la pensión de viudedad, procurando que esta sea inclusiva, y respetuosa con la normativa ya existente, así como con el ámbito de competencia de cada área del ordenamiento jurídico.

II. MODELOS FAMILIARES Y PLURALIDAD LEGISLATIVA: UNA REALIDAD RECOGIDA POR EL DERECHO ROMANO QUE SE REPITE HOY

Centrándome ya en las parejas estables, el punto de partida de cualquier aproximación al tema es por todos conocido, y por ello no me voy a extender mucho,

pero creo que conviene recordarlo: carecemos de una regulación estatal de las parejas de hecho, ni se contempla directamente en la Constitución española (como pasa con el matrimonio), ni se contempla ni regula por el Código Civil, a pesar de que se trata de un modelo familiar totalmente asentado en nuestra sociedad y, no lo olvidemos, una realidad familiar diferente de la matrimonial pero considerada, como apunta la doctrina, por determinados artículos de nuestra Constitución, a saber: el artículo 9.2 libertad e igualdad del individuo; el artículo 10 libre desarrollo de la personalidad; el artículo 14 no discriminación, y sobre todo, el artículo 39.1 realidad familiar protegida al establecer «*que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*», incluida la formada por la pareja de hecho, tal y como ha venido declarando el Tribunal Constitucional¹⁰.

A mayor abundamiento, el reconocido «arraigo social de la realidad familiar de las parejas estables»¹¹ queda patente en diversa normativa pública y privada que considera habitualmente dicho modelo familiar desde diferentes ámbitos, incluso en la reciente normativa en época de COVID-19, a modo de ejemplo el *RD Ley 3/2021 de 2 de febrero de medidas para la reducción de la brecha de género y otras medidas en ámbitos de la seguridad social y economía* o la *Orden 26/2021 de 15 de enero para la clasificación y provisión de destinos en la Guardia Civil*¹².

Dicho lo cual, procede en este momento echar la vista atrás para recordar que la pluralidad de modelos familiares que configura nuestra sociedad actual no es un fenómeno moderno, ni un nuevo producto de las circunstancias actuales, sino fiel reflejo de lo que ocurría veinte siglos atrás, y que aparece regulado en el Derecho Romano. Y es que la sociedad de aquella época, muy distinta a la actual en muchos aspectos, presenta evidentes similitudes con los modelos y estructuras familiares actuales, como apuntan, entre otros, RESINA SOLA¹³ y ÁLVAREZ MALLONA y SCONDA¹⁴, ya que, junto con el matrimonio civil¹⁵, figura originaria que comparte elementos del actual matrimonio y de las parejas estables, coexisten otros modelos como el concubinato, unión estable sin *affectio maritalis* o sin *ius connubii*, y el contubernio, la simple unión de esclavos. Y, es más, la evolución histórica en época romana recuerda, en esencia, lo que estamos viviendo en nuestros días, esto es, una lenta pero progresiva unificación del régimen jurídico del matrimonio y las parejas estables, tal y como ocurrió, no lo olvidemos, en época romano justinianeá¹⁶.

Volviendo a la realidad actual, ante la pasividad del legislador estatal, como bien sabemos todos, han sido las comunidades autónomas las que, a veces muy en el límite de las competencias conferidas, han legislado sobre la materia, conscientes de la importancia de la misma y de la necesidad de otorgar seguridad jurídica y protección a dicho modelo familiar. Pero, a mi juicio, y por lo que expondré a continuación, es justamente esta legislación la que, en la práctica, puede conducir y de hecho está conduciendo, a diferencias de trato jurídico de dicha realidad familiar y de los miembros de la misma, según el lugar de nacimiento y/o residencia de la familia.

Así, en estos momentos, la situación normativa, en síntesis, es la siguiente: tenemos 14 leyes autonómicas diferentes, la última de la región de Murcia del año 2018 y 3 Decretos reguladores del funcionamiento de los Registros de parejas estables allí donde todavía no hay ley (La Rioja, Castilla-La Mancha, Castilla y León); si bien todas las comunidades autónomas con competencia delegada en materia de Derecho civil han legislado, 4 de ellas, en concreto Cataluña, Aragón, Galicia y Navarra han incluido a las parejas estables dentro del propio Código Civil o Compilación como un modelo familiar; el resto las mantienen en ley específica aparte.

Como he anticipado, aun siendo conscientes de la existencia de diferencias en el ámbito de la economía, efectos de la ruptura y del fallecimiento, prestaciones sociales y otros¹⁷, voy a centrar mi atención en una de las cuestiones que me parece relevante y que, en mi opinión, es esencial y afecta directamente al tema en estudio, y es el de la forma de constitución y de reconocimiento jurídico de dicho modelo familiar en las distintas comunidades autónomas.

III. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY 21/2021 EN LO QUE RESPECTA AL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE VIUEDAD DE LAS PAREJAS DE HECHO

El reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas estables a partir de la *Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*¹⁸ es, a día de hoy, una cuestión superada y un derecho que, como tal, no merece discusión¹⁹. Otra cosa muy distinta son los requisitos que la norma establece para la concesión de dicha prestación social, ya que, a mi juicio, aquí es donde cabe cuestionarse hasta qué punto las cosas se están planteando bien.

Y es que, como recuerda la doctrina²⁰, la falta de una norma estatal sobre parejas de hecho fue la que, en el momento de la publicación de dicha ley, aconsejó y justificó el establecimiento de un concepto jurídico propio a los efectos del acceso a la pensión.

Pero desde entonces, hasta ahora, es evidente que la regulación de dicho modelo familiar se ha generalizado a la práctica totalidad del territorio nacional. Y la vida vuelve a interconectar, en esta cuestión, distintas áreas del derecho: la civil, la pública (en aquellas comunidades autónomas que no tienen derecho civil propio) y la laboral. Y fruto de dicha necesaria convivencia de distintas normativas, nos encontramos con una realidad y, sobre todo, con unos resultados que, tal y como ha explicitado el legislador en la Ley 21/2021, evidencian un trato desigual, allí donde no debiera haberlo.

Dicho lo cual procede, antes que nada, realizar un breve análisis de las principales novedades introducidas por la Ley 21/2021 y que afectan directamente a los requisitos que la normativa de la Seguridad Social considera deben concurrir, para que pueda concederse la pensión de viudedad, en los supuestos de parejas estables.

Y, para ello, cabe recordar que, como apunta RODRÍGUEZ BRAVO DE LA-GUNA²¹, el mismo Tribunal Constitucional y la doctrina han afirmado en muchas ocasiones que dicha prestación, siendo contributiva, tiene una finalidad más compensatoria que sustitutiva de rentas, ya que tiene el objeto de compensar frente a un daño la aminoración de unos ingresos, siendo irrelevante si hay o no estado de necesidad.

Comenzamos con el nuevo redactado del artículo 221²² del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (a partir de ahora LGSS) que, por su importancia reproduzco íntegramente, y en el que se señala lo siguiente:

«Pensión de viudedad de parejas de hecho. 1. También tendrán derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, quienes cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 219, se encuentren unidos al causante en el momento de su fallecimiento como pareja de hecho.

2. A efectos de lo establecido en este artículo, se reconocerá como pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho, 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, salvo que existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente.

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 causante²³.

3. Cuando la pareja de hecho constituida en los términos del apartado anterior se extinga por voluntad de uno o ambos convivientes, el posterior fallecimiento de uno de ellos solo dará derecho a pensión de viudedad con carácter vitalicio al superviviente cuando, además de concurrir los requisitos exigidos en cada caso en el artículo 219, no haya constituido una nueva pareja de hecho en los términos indicados en el apartado 2 ni contraído matrimonio.

Asimismo, se requerirá que la persona superviviente sea acreedora de una pensión compensatoria y que esta se extinga con motivo de la muerte del causante. La pensión compensatoria deberá estar determinada judicialmente o mediante convenio o pacto regulador entre los miembros de la pareja otorgado en documento público, siempre que para fijar el importe de la pensión se haya tenido en cuenta la concurrencia en el perceptor de las mismas circunstancias relacionadas en el artículo 97 del Código Civil.

En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho».

Sin pretender entrar en un análisis a fondo de la reforma, cuestión esta que excede de los objetivos de este trabajo, las principales novedades que me interesa destacar, a los efectos de este estudio, son las siguientes:

1. Se mantienen los mismos requisitos de cotización y de alta requeridos en caso de matrimonio, y se elimina el requisito tan cuestionado del párrafo primero de la necesidad económica, equiparando de este modo, y en este ámbito, la pareja de hecho al matrimonio, a los efectos de los requerimientos para poder optar a esta prestación²⁴.

2. En cuanto a los requisitos de reconocimiento de la pareja de hecho, se incluye la existencia de otra pareja de hecho como impedimento (no solo el vínculo matrimonial).

Además, se introduce la tenencia de hijos en común como hecho suficiente que viene a sustituir la prueba de la convivencia estable, notoria, ininterrumpida e inmediata de duración no inferior a cinco años, que se requiere en caso contrario, manteniendo los mismos requisitos previos en lo que se refiere a la acreditación de la existencia de la pareja de hecho. En concreto, respecto de esto último, la necesaria certificación de la inscripción en el registro *ad hoc* o en el ayuntamiento, que puede ser sustituida por la escritura pública de constitución de la pareja de hecho, con una antelación mínima de dos años respecto de la fecha de fallecimiento del causante.

3. Se introduce el requisito de la necesaria pensión compensatoria en el caso de extinción previa al fallecimiento de la pareja de hecho, así como el no haber contraído nuevo matrimonio o pareja estable, salvo en los supuestos de violencia de género que pueda acreditarse, para poder acceder a la pensión de viudedad, lo que de nuevo equipara el supuesto de la pareja estable al del matrimonio²⁵.

En síntesis, de lo hasta aquí señalado puede concluirse una clara tendencia del legislador en la Ley 21/2021 hacia la eliminación de ciertos requisitos que se habían establecido solo respecto de las parejas de hecho y, en este sentido, una tendencia hacia la equiparación, en esta materia, del matrimonio y la pareja estable²⁶. Y en cuanto a los requisitos de reconocimiento, cabe apuntar que los nuevos son una mera repetición de algunos de los requisitos o impedimentos que ya existen respecto de las normativas actuales sobre pareja estable en el ámbito jurídico privado y público.

Continuamos con el artículo 222 de la LGSS que, regulando la prestación temporal de viudedad incluye como novedad, y junto con el matrimonio, el acceso de la pareja estable a dicha prestación cuando, concurriendo los requisitos del artículo 219, no pueda acreditarse que su inscripción o constitución por documento público se ha producido con una antelación de dos años respecto de la fecha de fallecimiento²⁷. Esto es, de nuevo supone una confirmación de la tendencia hacia la igualdad en el acceso a la pensión de viudedad de ambos modelos familiares.

Para finalizar este apartado, especial mención requiere la disposición adicional tercera de la Ley 21/2021 que, bajo el título «*Concepto de pareja de hecho a efectos del sistema de Seguridad Social*», como he indicado en la introducción del trabajo, emplaza al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a analizar la configuración de la pareja de hecho desde el punto de vista de la Seguridad Social, a los efectos de determinar su alcance en orden a garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional.

Dicho lo cual, en mi opinión, un correcto análisis de la configuración de la pareja de hecho, se haga desde la perspectiva que se haga, debe partir siempre y, en consecuencia, no debe obviar, la configuración que la misma, como figura indubitable del Derecho de Familia, reciba en esa área del Derecho. De todo ello me ocupo en el siguiente apartado.

IV. LA CONFIGURACIÓN VARIABLE DE LA PAREJA ESTABLE EN EL ÁMBITO JURÍDICO PRIVADO: TRES EJEMPLOS DE DIFERENTES FORMAS DE CONSTITUCIÓN Y RECONOCIMIENTO

Pasado casi un cuarto de siglo desde la publicación de la primera regulación de las llamadas uniones estables²⁸, a día de hoy, las distintas modalidades de

constitución y reconocimiento de la pareja estable van desde la simple convivencia probada durante un tiempo, hasta la tenencia de un hijo en común, pasando por la necesaria inscripción en el registro creado *ad hoc*, o la constitución en documento público. Esto es, existe una diversidad de formas de constitución y reconocimiento de las parejas estables en nuestro país, dependiendo del lugar donde se resida, hecho este que no es posible que se produzca cuando hablamos del matrimonio, por ser esta una de las competencias atribuidas de forma exclusiva al Estado según lo dispuesto en el artículo 149.8 CE.

Y es esta, en mi opinión, la raíz del problema que estamos analizando. Esto es, mi hipótesis de partida es que, siendo la diversidad de formas de constitución y reconocimiento de las parejas estables la causa originaria de la diversidad de trato actual, la misma no debe justificar un trato desigual en lo que respecta al acceso y la atribución de la prestación de viudedad a las parejas estables.

Dicho esto, y con la finalidad de evitar repeticiones innecesarias, voy a tomar como ejemplo tres modelos diferentes: el de Cataluña, el de Navarra y el de Aragón. Se trata, además, de tres comunidades autónomas con competencia en materia de Derecho civil, seleccionadas no solo por sus diferencias normativas, sino para que sirvan de ejemplo de la profundidad y calado del problema.

1. CATALUÑA: SISTEMA DUAL (DE FACTO Y/O FORMAL) A ELECCIÓN DE LAS PARTES E INSCRIPCIÓN VOLUNTARIA

Se trata de la comunidad autónoma pionera en la regulación de este modelo familiar y opta, desde el inicio, por un sistema dual a elección de las partes:

a) constitución de facto: por hechos que el ordenamiento jurídico considera suficientes para el reconocimiento de la pareja estable, en concreto, la convivencia ininterrumpida de dos años o la tenencia de hijos en común, en este último caso, con independencia del tiempo de convivencia, o

b) constitución formal: la formalización de la pareja estable en escritura pública²⁹.

Desde el momento en que la formalización en escritura pública es voluntaria, así como la inscripción en el registro creado al efecto³⁰, cabe afirmar que en el sistema de constitución catalán no hay forma *ad solemnitatem*, ni la inscripción es constitutiva por sí misma³¹. Esto es, puede darse el caso de una pareja estable que conviva desde hace un año y tenga un hijo en común, a la que ya se le podría aplicar la normativa del Código Civil catalán, y que decida al cabo de 10 años de convivencia otorgar escritura pública que, en cualquier caso, no supondría el reconocimiento de la pareja estable desde esa fecha.

Dicho esto y, a modo de ejemplo, a través de la *Ley 5/2020, de 29 de abril, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente*, se modifica el artículo 14 de la *Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico*³², que queda redactado del siguiente modo: «Unidad familiar y unidad de convivencia. 1. A efectos de lo establecido en la presente ley, son unidades familiares y unidades de convivencia: a) Las relaciones familiares derivadas del matrimonio y sus descendientes. b) Las relaciones familiares derivadas de la convivencia estable en pareja, en los términos establecidos en el artículo 234-1 de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo*

a la persona y la familia. c) Las familias reconstituidas. d) Las familias con niños en acogimiento o adopción».

Esto es, y en lo que refiere al tema que nos ocupa, se trata de un claro ejemplo de remisión directa a la forma de constitución civil de la pareja estable de dicha comunidad autónoma, a los efectos de considerar como tal dicha unidad familiar y, consecuentemente, acceder a determinadas prestaciones sociales.

2. NAVARRA: SISTEMA OBLIGATORIO DOBLE, DE CONSTITUCIÓN EN DOCUMENTO PÚBLICO Y REGISTRO

La regulación de las parejas estables en la comunidad autónoma navarra ha sido algo convulsa y ciertamente curiosa. Tras la publicación de la regulación catalana, y sin duda teniendo muy presente el modelo de constitución de la misma, se publica la *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de igualdad jurídica de parejas estables de Navarra*, cuyo artículo 2 establecía lo siguiente: «Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un periodo ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público. En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del periodo indicado de un año»³³.

Las similitudes de los dos modelos, el catalán y el navarro, eran evidentes, dicho lo cual, una parte importante del contenido de la Ley foral 6/2000 fue declarada inconstitucional por STC 93/2013 de 23 de abril³⁴. En concreto, y en lo que aquí nos interesa, curiosamente la forma de constitución por convivencia (en este caso ininterrumpida de un año) y por tenencia de hijos de la pareja estable, al entender que dichas formas de constitución no eran voluntarias, sino imperativos de la norma. Esto es, que en el momento en que dichas circunstancias se dieran, automáticamente dicho modelo familiar pasaría a ser pareja estable regulada por ley, lo cual entendió el Tribunal Constitucional que era contrario al artículo 10.1 CE³⁵.

El argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional realmente pone en evidencia la debilidad misma del modelo «de facto» puesto que, ante una ruptura o fallecimiento, solo con probar dichas circunstancias cabría reclamar determinados derechos familiares o sucesorios reconocidos por la norma, aun cuando no hubiese sido voluntad de las partes constituir una pareja estable. Por lo mismo, dificulta en algunos casos la posibilidad de convivencia sin necesidad de ser pareja estable, esto es, la voluntad de determinadas personas de simplemente convivir.

La similitud con la normativa catalana, en cuanto a formas de constitución declaradas inconstitucionales es evidente, y ha llevado a parte de la doctrina a interpretar cierta posible inconstitucionalidad tácita de las formas de constitución catalanas. Pero el tema, hasta el día de hoy, no ha avanzado más y la normativa catalana sigue totalmente vigente.

Esta situación obligó a la comunidad autónoma de Navarra a confeccionar una nueva regulación, en la actualidad, recogida en el artículo 106 de la *Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo* que, respecto de la constitución de la pareja estable, establece lo siguiente: «Constitución. Dos personas mayores de edad

o menores emancipadas, en comunidad de vida afectiva análoga a la conyugal, si quieren constituirse en pareja estable con los efectos previstos en esta Compilación podrán hacerlo manifestando su voluntad en documento público. Registro. La pareja estable deberá inscribirse en un Registro único de parejas estables de la Comunidad Foral de Navarra a los efectos de prueba y publicidad previstos en la norma que lo regule, así como a los efectos que establezcan otras disposiciones legales».

En conclusión, y con la finalidad de salvar las dificultades previas, el legislador navarro optó por un sistema de constitución y reconocimiento con doble declaración por parte de los miembros de la pareja estable, con el fin de obviar la posible imperatividad de la norma y formalizar, de este modo, un sistema totalmente voluntario: por un lado, la constitución en documento público y, por otro, el registro obligatorio. Se trata de un sistema reforzado que, como veremos más adelante, si bien puede resultar beneficioso en lo que respecta a la obtención de la pensión de viudedad, sin duda alguna es consecuencia de la inconstitucionalidad declarada, está muy lejos del modelo de constitución inicialmente regulado y evidencia, en cualquier caso, la falta de coherencia de todo el sistema en su conjunto.

3. ARAGÓN: SISTEMA MIXTO VOLUNTARIO DE RECONOCIMIENTO CIVIL Y ADMINISTRATIVO

La comunidad autónoma de Aragón también fue una de las primeras en regular las parejas estables a través de la *Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas*, introduciendo una forma de constitución que, si bien se asemeja a la catalana, no es exactamente igual, y que se mantiene hasta la actualidad en el artículo 305 del *Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón»* (en adelante C DFA), el *Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas*: Existencia de pareja estable no casada. «*Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública*»³⁶.

A lo que hay que añadir lo dispuesto en el artículo 304 respecto del registro administrativo, que sigue siendo la misma redacción que la originaria del artículo 2 de la Ley 6/1999: «*Toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas que le correspondan, así como anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera*».

Podrá acreditarse la existencia de pareja estable no casada y el transcurso de los dos años de referencia, si no existiera escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia».

En definitiva, el artículo 304 C DFA debe interpretarse conjuntamente con el artículo 305 para diferenciar dos fases en el proceso de formalización de una pareja estable no casada: una primera, que implica el reconocimiento de efectos civiles y precisa de escritura pública de constitución o de convivencia efectiva de al menos dos años; y una segunda, que supone otorgarle efectos de Derecho público, y requiere la inscripción en el registro administrativo, siendo este último necesario para el reconocimiento de efectos de carácter administrativo a la pareja como, por ejemplo, los existentes en materia de vivienda, sanidad, asistencia social etc...

Dicho lo cual, apunto lo que para mí es esencial a los efectos de lo que estamos analizando: pueden existir parejas constituidas con reconocimiento de

efectos civiles no registradas administrativamente, pero no puede haber parejas registradas que no estén constituidas conforme a la ley civil. Y ello porque, conforme a lo previsto en el artículo 3 del *Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de parejas estables no casadas*, para la inscripción registral hay que aportar la escritura pública de constitución, o acreditar la convivencia efectiva durante al menos dos años, es decir, es necesario que se haya constituido la pareja conforme a lo dispuesto en la norma civil. El hecho de que esto sea así puede impedir el reconocimiento —civil y administrativo— como parejas estables no casadas a las integradas por personas que no sean las dos de vecindad civil aragonesa, y ello porque, aunque el mismo artículo 3 del mencionado Decreto exige que se acredite la vecindad administrativa —es decir, empadronamiento en un municipio aragonés— y no la vecindad civil, requiere también la cumplimentación de los presupuestos de conformación de la pareja del artículo 303 CDFA, los cuales solo son aplicables a quienes son de vecindad civil aragonesa. Esta forma de articular el procedimiento de formalización de las parejas estables no casadas también puede plantear algún problema cuando siendo los dos de vecindad civil aragonesa al formalizar la situación de pareja estable no casada, uno o los dos pierden dicha vecindad.

En síntesis, de los tres modelos analizados podemos concluir: por un lado, la variedad de matices en los sistemas de constitución y reconocimiento de parejas estables, según la comunidad autónoma de que se trate, siendo, en cualquier caso, necesario el cumplimiento de los requisitos de la norma civil para poder realizar la inscripción de la pareja en el registro correspondiente; y, por otro, la aparente obligatoriedad o voluntariedad derivada de la redacción de la norma, en lo relativo a la inscripción en el registro administrativo de parejas estables y, en definitiva, también en esta cuestión, la falta de uniformidad.

Y todo lo analizado en los apartados precedentes me lleva a dejar planteadas algunas cuestiones de fondo para el futuro: en las comunidades autónomas en las que rige el Derecho civil estatal ¿es jurídicamente adecuado que exista una diversidad de criterios, según el territorio donde se resida, respecto de la constitución y reconocimiento de las parejas estables, o el mismo es contrario al principio de no discriminación del artículo 14 de la Constitución española y al mandato constitucional de protección de la familia? Y profundizando un poco más, si estamos hablando de forma ¿no debiera quizás este tema quedar excluido, por la trascendencia y efectos, igual que ocurre con las formas de matrimonio, de la legislación autonómica o foral? Y para finalizar, conectando con el tema que aquí nos ocupa ¿está realmente justificada la diversidad de requisitos de constitución en el ámbito civil, público y laboral?

V. A MODO DE CONCLUSIONES: UN NUEVO EJEMPLO DE FALTA DE COORDINACIÓN ENTRE ÁREAS DEL DERECHO Y ALGUNA PROPUESTA DEL *LEGE FERENDA*

El objetivo último de este trabajo era analizar la afectación, en forma de discriminación reconocida por el propio legislador, de esta pluralidad de sistemas de constitución de las parejas estables, en lo que respecta al reconocimiento a estas de prestaciones sociales, en concreto, de la pensión de viudedad.

La hipótesis de la que partía era la diversidad de formas de constitución y reconocimiento de las parejas estables como la causa originaria de la diferencia de

trato actual. Y la conclusión a la que quiero llegar en este apartado es que dicha diversidad no puede ni debe considerarse la causa última de la existencia de un trato desigual en lo que respecta a la atribución de la prestación de viudedad a las parejas estables.

Todo ello nos obliga a una reflexión para hallar las vías que generen, partiendo de dicha diversidad normativa, una igualdad en el acceso de la pensión de viudedad a las parejas estables, similar a la que existe respecto del matrimonio, y en pro de la protección misma de la familia.

Dicho lo cual, cualquier reflexión final obliga a contextualizar y ordenar los elementos que concurren, en este caso concreto:

1. que la pareja estable es un modelo de familia y que, por tanto, se trata de una institución que debe regularse, *ab initio* y prioritariamente, en el ámbito del Derecho civil;

2. que, en consecuencia, está justificado que las comunidades autónomas con competencias delegadas en materia civil legislen en esta materia de forma diversa e independiente, como así lo han hecho;

3. que la falta de reconocimiento por el Derecho civil estatal ha llevado a la promulgación de normativa, generalmente en el ámbito del Derecho público, de reconocimiento de dicho modelo familiar y,

4. que la normativa de la Seguridad Social es competencia estatal y, por tanto, el acceso a las prestaciones sociales debe respetar el principio de igualdad, sea cual fuere el territorio en el que resida la pareja estable.

Establecido lo anterior, y de todo lo analizado en los apartados precedentes, resulta evidente que es competencia del Derecho civil concretar los requisitos que deben concurrir para que podamos hablar de pareja estable o de hecho. Y, en consecuencia, la solución al problema planteado no debe pasar, a mi juicio, porque la normativa de la Seguridad Social proponga en estos momentos un nuevo concepto de pareja estable, como así lo ha manifestado la Ley 21/2021. Y esto, por un lado, porque como se ha visto ya existe concepto, aunque sea diferente en cada comunidad autónoma; y, por otro, porque esta cuestión, siendo materia del Derecho civil, entiendo que no le compete.

Por todo ello, la solución debe pasar por, respetando la forma de constitución ya existente en cada comunidad autónoma, como en su día propuso el propio Tribunal Supremo al plantear la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 174.3.5 de la LGSS³⁷, buscar una solución adecuada que asegure la igualdad de trato en el acceso a esta prestación social. Y todo ello siguiendo la doctrina judicial sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación que, como acertadamente recuerda CERVILLA GARZÓN «*solo se conculcará cuando se produzca una diferencia entre situaciones que se puedan considerar iguales, siempre que no exista una justificación objetiva y razonable. Para que la diferencia de trato sea lícita, desde la perspectiva constitucional, es imprescindible que las consecuencias jurídicas derivadas de la distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, es decir, el juicio de proporcionalidad se realiza entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida*»³⁸.

En este sentido, y respecto de la actual normativa analizada en los precedentes apartados, cabe señalar algunas cuestiones relevantes.

Comienzo con la normativa de la Seguridad Social, en concreto lo dispuesto en el artículo 221.2 de la LGSS. Procede diferenciar en la misma, como así se recoge en la reciente STC de febrero de 2021³⁹, entre:

1. Los requisitos de reconocimiento o constitución de la pareja de hecho:
 - pareja con análoga relación de afectividad a la conyugal;
 - que no exista impedimento para matrimonio;
 - que no exista vínculo matrimonial con otra persona ni constituida pareja de hecho;
 - convivencia previa ininterrumpida de 5 años;
 - si hay hijos en común, solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el apartado 2 siguiente.
2. Los requisitos de acceso a la prestación (similares a los de otras prestaciones):
 - alta y cotización previa como en el matrimonio;
 - acreditación de la convivencia previa mínima de 5 años mediante certificado de empadronamiento o, en su caso, tenencia de hijos en común;
 - inscripción o formalización en documento público 2 años antes del fallecimiento.

De todo lo expuesto podemos deducir que la legislación de la Seguridad Social realmente lo que hace es establecer unos nuevos criterios de constitución y reconocimiento de la pareja estable a los efectos de la concesión de la prestación de viudedad que, en algunos supuestos, difieren de los establecidos en el ámbito civil (o en el público, en su caso) en las diferentes comunidades autónomas, como hemos visto en los casos analizados previamente.

Así, por ejemplo, el caso del Derecho civil catalán que considera que existe la pareja estable por mera convivencia de más de dos años, o por tener hijos en común, por constitución en escritura pública, o por inscripción, no siendo esta última, recordemos, necesaria a los efectos de considerar constituida la pareja estable, ni para el acceso a determinadas prestaciones sociales.

Dicho esto, la realidad, que muchas veces supera la ficción, nos puede llevar a supuestos como los siguientes:

1. Pareja estable en Cataluña, con convivencia de 15 años, 5 hijos en común, que opta por no inscribirse en el registro de parejas estables porque el libro segundo del Código Civil catalán, que recordemos regula la materia de las parejas estables como un modelo familiar⁴⁰, considera que la tenencia de hijos en común ya es requisito de constitución y reconocimiento de dicha pareja estable. Dicho lo cual, en caso de fallecimiento de uno de ellos se generan derechos sucesorios similares a los del cónyuge, que pueden reclamarse⁴¹. A *sensu contrario*, si solicitase en su caso la pensión de viudedad, la misma se le denegaría por no constar inscrita dicha pareja, a pesar de ser considerada como tal a los efectos civiles, y aunque concurriese un estado de necesidad⁴². Aquí, además, podríamos encontrarnos con el problema de que, inscrita como pareja estable, tampoco pudiese reclamar dicha prestación en caso de que existiese un vínculo matrimonial con otra persona, siendo que la normativa catalana parece que, a *sensu contrario*, lo permite⁴³. Imaginemos el caso anterior en el que la convivencia se haya iniciado por persona casada (con vínculo matrimonial, esto es no divorciada ni separada), separada de hecho [a *sensu contrario* de lo dispuesto en el apartado c), de lo dispuesto en la normativa de la Seguridad Social], cumpliendo todos los requisitos señalados, cabría denegar la prestación de viudedad por no cumplir el requisito

de «no tengan vínculo matrimonial con otra persona», puesto que en este caso, sí que tendrían dicho vínculo a pesar de poder acceder a todos los derechos civiles reconocidos como pareja estable. Y lo mismo respecto del impedimento por parentesco. Estas posibles situaciones reales son las que, produciendo la denegación de la pensión de viudedad, lesionan el derecho constitucional a la igualdad de trato puesto que, en estos casos, en línea con la argumentación vertida en su día por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁴, existiendo buena fe, también se ha generado una apariencia de pareja de hecho que además está reconocida por el Derecho civil, y de la que surgen derechos y el acceso a otras prestaciones sociales⁴⁵.

2. Pareja en otra comunidad autónoma que tenga la inscripción obligatoria, por ejemplo, el caso de Navarra: en este caso, siendo una realidad familiar igual a la anterior, sí que podría acceder a la prestación de viudedad, ya que cumpliría todos los requisitos prescritos por la normativa de la Seguridad Social.

3. O, por último, pareja estable en una comunidad autónoma que tenga un sistema de inscripción mixto (con efectos civiles y/o administrativos), como el caso analizado de Aragón. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en Cataluña, la propia norma civil advierte de las consecuencias de no tener hecha la inscripción en el registro administrativo, por lo que la norma, en este sentido, resulta ventajosa.

Es evidente que, a los efectos de lo que aquí estamos analizando, incluso teniendo competencia en la materia para legislar, sin duda alguna resulta más ventajosa para las parejas estables la normativa de las comunidades autónomas que consideran obligatoria la inscripción en el registro o la formalización en escritura pública, frente a las que no lo consideran, como la catalana. En definitiva, resulta que la pareja estable queda, aun siendo reconocida como tal por el Derecho, desprotegida respecto de los requerimientos de la normativa de la Seguridad Social.

Lo cual nos lleva de nuevo a la cuestión planteada al inicio del trabajo. Siendo realidades/unidades familiares similares ¿está justificado que existan diferentes modalidades de constitución según la comunidad autónoma en la que se resida? A nuestro juicio, y por todo lo indicado, en el caso de las comunidades autónomas con competencia delegada en materia de Derecho civil, sí. Siendo esto así ¿está justificado que la normativa de la Seguridad Social establezca nuevos requisitos para el reconocimiento de la existencia de dichas parejas estables, en definitiva, para su reconocimiento como tales? En mi opinión, y partiendo del principio elemental de que sí es competencia del Estado la determinación de los sujetos beneficiarios de la pensión de viudedad, y que esto debe hacerse de manera igual respecto de todos los sujetos, es evidente que la respuesta en este momento es no. Y, finalmente, siendo esto así ¿está justificado el diferente trato de los mismos modelos familiares, las parejas de hecho, a los efectos de acceso a la prestación por viudedad? A mi juicio, y parece ser que también el del legislador, parece que no. Esto es, la actual normativa mantiene un factor de diversidad que determina una desigualdad de trato que no tiene justificación objetiva ni razonable, y que produce diferente resultado según la comunidad autónoma de que se trate⁴⁶.

Y esto me lleva a identificar la esencia del problema: la falta de igualdad de trato o discriminación, si bien tiene su origen en la diferente normativa de constitución o reconocimiento de las parejas estables, no puede predicarse sino respecto de los requisitos de acceso establecidos en la actualidad por la LGSS. Esto es, la discriminación se produce por la falta de reconocimiento de una normativa variable reguladora de parejas estables existente y que debiera tenerse en cuenta para corregir, en el acceso a la prestación, esa desigualdad. A lo que hay que añadir que la creación de otra norma propia de la LGSS, como ya había advertido la doctrina⁴⁷, además de chocar, en algunos supuestos, con lo dispues-

to por la normativa civil, genera en mi opinión una invasión de competencias legislativas que no le corresponden⁴⁸.

Y aquí comparto la opinión del legislador; esto es, no está justificado dicho trato diferente y, por todo ello planteo una posible propuesta de *lege ferenda* al hilo de la vuelta a la necesidad de concepto de pareja estable que se recoge en la Ley 21/2021, como reflexión final y, sobre todo, como ejercicio de economía legislativa y de coordinación normativa. Dicha propuesta recoge como telón de fondo uno de los motivos del voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2014 de los magistrados ROCA y XIOL⁴⁹, consiste en una simple remisión de la LGSS a los requisitos de constitución y reconocimiento de las parejas estables existentes en las diferentes normas de las comunidades autónomas⁵⁰, a los efectos de considerar que una pareja que convive es pareja de hecho y puede, en su caso, acceder a la pensión de viudedad. Lo cual evitaría, *in fine*, situaciones de desprotección como la que hemos expuesto anteriormente.

Además, en esta normativa cabría incluir los concretos requisitos de acceso a la prestación que ya existen en la actualidad, similares a los de otras prestaciones, como el alta y cotización previa y la acreditación de un tiempo de convivencia mínimo, en su caso y si así se estima, el actual de 5 años (como garantía añadida de la convivencia *more uxorio*), que puede ser sustituido por la tenencia de hijos en común. No obstante esto, en esta propuesta quedaría eliminado el requisito de la inscripción o escritura pública puesto que, como hemos visto, este choca en algunos casos con la normativa ya existente de constitución y reconocimiento de las parejas estables en el ámbito civil y, en ese sentido no está justificado y podría dar lugar a confusión y generar las situaciones de discriminación que hemos analizado.

Otro tema distinto será encontrar los mecanismos que permitan la coordinación interna del sistema de prestaciones de la Seguridad Social, evitando situaciones de doble devengo de la pensión de viudedad⁵¹, pero, en mi opinión, eso ya queda fuera de la cuestión que estoy aquí planteando y, en cualquier caso, no debe servir de argumento para justificar las situaciones de discriminación que hemos visto que pueden darse en la actualidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CUESTA, H., Uniones de hecho y su incidencia en la Seguridad Social, *Actualidad Laboral*, núm. 19, noviembre de 2009.
- ÁLVAREZ MALLONA M.B. y SCONDA M.V., El matrimonio romano: definición de elementos y requisitos y su recepción en el Código Civil Vélez Sarfield y en la Ley 2393 de Matrimonio Civil. El matrimonio igualitario. Conflictos actuales, *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo*, III. Derecho de Familia (vol. II), Duplá Marín M.T (coord.), ed. BOE, 2021.
- CASAS BAAMONDE M.E., La pensión de viudedad en las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica. ATC núm. 8/2019, de 12 de febrero, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 1/2019.
- CERVILLA GARZÓN, M.J., Poligamia, matrimonio por el rito gitano y derecho a la pensión de viudedad: la reciente postura del Tribunal Constitucional frente al criterio del Tribunal Supremo y su contradictorio impacto en la aplicación del derecho a la no discriminación, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 3, enero-junio, 2021.
- FUGARDO ESTIVILL, J.M.^a, Existir, ser y estar de las uniones estables de pareja, *La Notaría*, 2/2014.

- MEDINA SÁNCHEZ R., Evolución del concepto de familia. Nuevas formas de familia. Matrimonio y uniones de hecho, *Tratado sobre la igualdad jurídica y social de la mujer en el s. XXI*, Fernández González M.^aB. (coord.), ed. Dykinson, Madrid, 2019.
- MORINEAU M., El concubinato en Roma y en México, *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo*, III. Derecho de Familia (vol. II), Duplá Marín M.T (coord.), ed. BOE, 2021.
- NAVARCLES VALLES, J., Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio: el retorno a la unión de hecho, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2015.
- PANERO, R., *Derecho Romano*, ed. Tirant lo Blanch, 5.^a ed., Valencia, 2015.
- RESINA SOLA, P., ¿Familia o familias? Una reflexión metodológica, *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo*, III. Derecho de Familia (vol. I), Duplá Marín M.T (coord.), ed. BOE, 2021.
- ROBLES VELASCO, L.M., Matrimonio, uniones de hecho, concubinato y conubium de Roma a la actualidad, *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo*, III. Derecho de Familia (vol. II), Duplá Marín M.T (coord.), ed. BOE, 2021.
- RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J., Unión por el rito gitano y pensión de viudedad. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021, de 25 de enero, *Revista de Derecho Social*, 93, enero de 2021.
- SAMPEDRO CORRAL, M., Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., Pensión de viudedad en parejas informales: un debate reabierto, *Revista de Derecho Laboral VLex*, julio de 2021.
- UREÑA MARTÍNEZ M., Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015.

NOTAS

¹ En este sentido, la Encuesta Continua de Hogares (ECH) del INE, en cuanto al número total de parejas según tipo de unión es bastante similar en los últimos 8 años, con un número total de parejas en el 2020 (último año encuestado) de 11 307, frente a los 11 456 del año 2013, de los cuales, la pareja casada supera en mucho a la pareja de hecho. En concreto en el año 2020 los datos son 9480 pareja casada, frente a 1826 pareja no casada (9889 pareja casada y 1567 no casada en el año 2013).

Son datos significativos de los que podemos, a priori, extraer algunas conclusiones. Así, por un lado, la clara tendencia social a la elección del matrimonio, si bien, por otro, y respecto del tema que vamos a abordar en estas páginas, los datos también evidencian el posible impacto de las formas de reconocimiento de las parejas estables por la simple convivencia, esto es sin necesidad de inscripción, que están presentes en varias de las normativas actuales. *Vid.* al respecto <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/0/&file=01018.px> (última visita 19 de mayo de 2022).

² Proyecto de investigación interdisciplinar e interuniversitario financiado en la convocatoria del programa de Ayudas a Proyectos de Investigación Aristos Campus Mundus 2020 (referencia del proyecto ACM2020_15).

³ Como acertadamente apunta CASAS BAAMONDE M.E., La pensión de viudedad en las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica.

ATC núm. 8/2019, de 12 de febrero, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Número 1/2019, 9, «Tras cuarenta años de vigencia de la Constitución la acción del legislador democrático sigue siendo insuficiente para hacer real y efectiva la libertad de elección de las personas sobre las formas de organización de su convivencia personal y familiar. Tan decisivas opciones de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida son manifestación de la dignidad personal y del libre desarrollo de la personalidad, principios que son fundamento del ordenamiento jurídico constitucional».

⁴ En adelante CE.

⁵ Vid. por todos, interesantes trabajos de UREÑA MARTÍNEZ M., Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015, 347-388; y CASAS BAAMONDE M.E., La pensión de viudedad en las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica, *cit.*, 7.

⁶ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-2820; Vid. al respecto https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_009/2018-1343STC.pdf

⁷ Aclaro, respecto de la misma que, si bien comparto el fallo de dicha resolución en lo que respecta al supuesto planteado, y en el que no voy a entrar porque excede de los objetivos de este trabajo, el mismo supone, en mi opinión, y como veremos más adelante, un claro ejemplo de la problemática de fondo existente y que voy a exponer a continuación.

⁸ RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J., Unión por el rito gitano y pensión de viudedad. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2021, de 25 de enero, *Revista de Derecho Social*, 93, enero de 2021, 133.

⁹ Sobre el que se ha reflexionado ya en trabajos precedentes. Vid. por todos, MELLA MÉNDEZ, L., El concepto de «pareja de hecho» a efectos de la pensión de viudedad, *Aranzadi Social*, núm. 9, enero de 2012.

¹⁰ Vid. por todos, MEDINA SÁNCHEZ R., Evolución del concepto de familia. Nuevas formas de familia. Matrimonio y uniones de hecho, en *Tratado sobre la igualdad jurídica y social de la mujer en el s. XXI*, Fernández González M.^aB. (coord.), ed. Dykinson, Madrid, 2019, 69-89.

¹¹ Vid. por todos, FUGARDO ESTIVILL, J.M.^a, Existir, ser y estar de las uniones estables de pareja, *La Notaría*, 2/2014, 32-41.

¹² Así como, con anterioridad, la normativa sobre bases y procedimientos para la concesión de ayudas sociales en las diferentes comunidades autónomas; o la LAU de 1994 que les reconoce el derecho a la subrogación en el contrato de arrendamiento en caso de fallecimiento del titular del contrato.

¹³ RESINA SOLA, P., ¿Familia o familias? Una reflexión metodológica, en *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo, III. Derecho de Familia (vol. I)*, Duplá Marín M.T (coord.), ed. BOE, 2021, 127-139.

¹⁴ ÁLVAREZ MALLONA M.B. y SCONDA M.V., El matrimonio romano: definición de elementos y requisitos y su recepción en el Código Civil Vélez Sarfield y en la Ley 2393 de Matrimonio Civil. El matrimonio igualitario. Conflictos actuales, en *Fundamentos Romanísticos...*, *cit.*, (vol. II), 617-642. Vid. respecto de las similitudes del concubinato, MORINEAU, M., El concubinato en Roma y en México, en *Fundamentos Romanísticos...*, *cit.*, (vol. II), 797-806; ROBLES VELASCO, L.M., Matrimonio, uniones de hecho, concubinato y contubernium de Roma a la actualidad, en *Fundamentos Romanísticos...*, *cit.*, (vol. II), 833-858.

¹⁵ Del cual las fuentes jurídicas romanas nos dan varias definiciones, una de ellas la atribuida a Modestino en D. 23,2,1 (1 Reg.): «Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio».

¹⁶ Vid. al respecto PANERO, R., *Derecho Romano*, ed. Tirant lo Blanch, 5.^a ed., Valencia, 2015, 271-285.

¹⁷ Vid. interesante estudio de FUGARDO ESTIVILL, J.M.^a, Existir, ser y estar de las uniones estables de pareja, *La Notaría*, 2/2014, 32-58.

¹⁸ BOE núm. 291, de 5 de diciembre de 2007. Vid. sobre dicha reforma, ÁLVAREZ CUESTA, H., Uniones de hecho y su incidencia en la Seguridad Social, *Actualidad Laboral*, núm. 19, noviembre de 2009.

¹⁹ Después de unos años de constantes reclamaciones judiciales, la *Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social* introduce una serie de modificaciones en el texto refundido de la *Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio*, entre las cuales destaca el artículo 174.3 que reconoce el derecho a la pensión de viudedad de las parejas de hecho siempre que se acrediten los siguientes requisitos:

1. Ingresos mínimos necesarios para poder solicitar la pensión: 1.1) acreditar que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad; 1.2) también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el periodo de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

2. Requisitos añadidos para la acreditación de la pareja de hecho: 2.1) convivencia previa de cinco años acreditada con certificado de empadronamiento: «A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años»; 2.2) acreditación de la existencia por inscripción en registro o documento público fechados como mínimo dos años antes del fallecimiento: «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».

²⁰ Vid. por todos RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J., Unión por el rito gitano y pensión de viudedad..., *cit.*, 136.

²¹ Unión por el rito gitano y pensión de viudedad..., *cit.*, 134-135.

²² En el mismo sentido el artículo 38.4 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

²³ Vid. sucinto análisis de SEMPERE NAVARRO, A.V., Pensión de viudedad en parejas informales: un debate reabierto, *Revista de Derecho Laboral V.Lex*, julio de 2021, 12-14.

²⁴ Tal y como se dispone en el artículo 219 de la propia LGSS. Vid. al respecto, CASAS BAAMONDE, M.E., La pensión de viudedad...*cit.*, 1-10. En este trabajo se analiza la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona por la que entiende que el requisito de dependencia económica en el caso de las parejas estables atenta contra el principio de igualdad en relación a las parejas casadas, ya que cabe recordar que el fundamento de la pensión de viudedad no es «asegurar una renta mínima en caso de necesidad sino remediar el daño causado por la disminución de ingresos en la familia a causa de la muerte del cónyuge».

²⁵ Artículo 220 LGSS.

²⁶ Tendencia que se evidencia y que, a día de hoy, no es contraria a la doctrina constitucional que afirma la libertad del legislador a la hora de establecer las diferencias de trato entre el matrimonio y las parejas estables. Como recuerda CASAS BAAMONDE, M.E., La pensión de viudedad... *cit.*, 6, en la cuestión de inconstitucionalidad ya se había indicado que, una vez se reconoce el derecho de las parejas estables a la pensión de viudedad, no hay razón que justifique la diferencia de trato con el matrimonio.

²⁷ En el caso del matrimonio se mantiene dicha prestación temporal cuando no se pueda acreditar que el matrimonio ha tenido una duración de un año, o por inexistencia de hijos.

²⁸ *Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja.*

²⁹ Artículo 234-1 libro 2.º Código Civil catalán. Pareja estable:

«Dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable en cualquiera de los siguientes casos:

—Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos.

—Si durante la convivencia, tienen un hijo común.

—Si formalizan la relación en escritura pública».

³⁰ Pues cabe recordar, en cuanto a la inscripción en el Registro civil, que el artículo 4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil no menciona entre los hechos y actos inscribibles la constitución de una pareja estable no casada. De modo que, por el momento, la constitución de pareja estable no casada, no accede al Registro civil.

³¹ Si bien es necesario poder cumplir con alguno de los requisitos antes indicados para solicitar la inscripción. ORDRE JUS/44/2017, de 28 de març, per la qual s'aprova el Reglament del Registre de parelles estables de Catalunya. DOGC. Article 3 «Objecte d'inscripció S'inscriuen en el Registre de parelles estables de Catalunya les parelles estables constituïdes d'acord amb els articles 234-1 i 234-2 del Codi civil de Catalunya, així com l'extinció d'aquestes parelles d'acord amb l'article 234-4 del Codi civil de Article 4 Inscripcions en el Registre de parelles estables 4.1 La inscripció de la parella estable en el Registre és voluntària, no té caràcter constitutiu i requereix el consentiment dels dos convivents en parella estable. 4.2 La inscripció de l'extinció de la parella estable es pot practicar a sol·licitud d'un sol convivent en parella estable».

Se trata, por tanto, de un Registro de carácter administrativo, que depende del Departamento de Justicia y que fue creado en el año 2017 principalmente con la finalidad de posibilitar el acceso a la pensión de viudedad tras su reconocimiento a las parejas estables por el RD 8/2015, de 30 de octubre, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, teniendo en cuenta las especiales condiciones allí establecidas para su concesión.

³² En este sentido, cabe recordar que son beneficiarias de las prestaciones sociales de carácter económico las personas residentes legalmente en Cataluña que se hallan en situación de necesidad, a las que se otorga la prestación con el fin de paliar esta situación.

³³ Disposición adicional.

El Gobierno de Navarra y los Ayuntamientos podrán crear Registros de Parejas Estables para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución.

Si la legislación del Estado previera la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por la presente Ley Foral, los efectos que esta les otorgara han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban en el mismo.

³⁴ Que resolvía el recurso de inconstitucionalidad núm. 5297-2000 planteado por un grupo numeroso de diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados. Vid. por todos, NAVARCLES VALLES, J., Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio: el retorno a la unión de hecho, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2015, 1859-1914.

³⁵ Dice textualmente dicha sentencia: «Debemos analizar, por tanto, si las reglas contenidas en el articulado de la Ley Foral determinan que el régimen que en la misma se establece resulta imperativo para las parejas estables o, por el contrario, es de carácter meramente dispositivo, esto es, abierto a su asunción voluntaria por ambos integrantes de aquellas. Para efectuar tal análisis hemos de acudir a las normas que establecen el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, contenidas esencialmente en su artículo 2 donde, tras recoger una definición de pareja estable «a efectos de la aplicación de esta Ley Foral» (apartado 1), se ofrece en el párrafo primero del apartado 2 una especificación de dicha definición, señalando en qué supuestos asigna el legislador navarro a una pareja la condición de estable ipso iure. Los dos primeros supuestos —un año de convivencia o hijos en común— conducen a la atribución ex lege de la condición de pareja estable por la mera concurrencia de alguna de tales circunstancias, dando lugar a una calificación jurídica de determinadas situaciones de hecho, a la que se asociará la aplicación del contenido de derechos y obligaciones incluido en la regulación legal, prescindiendo de la voluntad conjunta de los integrantes de la unión de hecho de someterse a las previsiones de la Ley Foral. Lo cual es claro que no resulta respetuoso del derecho fundamental consagrado en el artículo 10.1 CE. Únicamente resultaría acorde con tal derecho y respetuoso de la libre voluntad de los integrantes de la pareja, una regulación de carácter dispositivo, como es la que se acoge en el tercero de los supuestos enunciados en párrafo primero del artículo 2.2 de

la Ley Foral, referido a las parejas que hayan expresado en documento público su voluntad de constituirse como pareja estable; supuesto que los propios recurrentes entienden que respeta la libre voluntad de los sujetos.

...Y, en este sentido, como venimos señalando, el contenido del conjunto de la regulación de la Ley Foral presenta un marcado carácter imperativo, que se manifiesta ya en los dos primeros supuestos del artículo 2.2 a los que acabamos de referirnos. Asimismo, el enunciado del apartado 3 del mismo artículo 2 (que ya hemos declarado inconstitucional por motivos competenciales), evidencia el modelo preceptivo de la Ley al contemplar su aplicación con independencia de si sus integrantes han manifestado o no de consuno su sometimiento a dicha regulación».

³⁶ Concordancias: artículo 5 Ley comunidad autónoma Andalucía 5/2002, artículo 6 Ley comunidad autónoma Canaria 5/2003, artículo 5 Ley comunidad autónoma Extremadura 5/2003, artículo 3 Ley comunidad autónoma País Vasco 2/2003.

³⁷ Caber recordar, en este sentido que ya antes la doctrina, y más adelante el propio Tribunal Supremo planteó dos posibles soluciones, una de ellas, que la remisión que entonces se hacía a las comunidades autónomas con Derecho civil propio se entendiera extensible a todas las comunidades autónomas que hubiesen legislado en materia de parejas estables o legislasen en un futuro. *Vid.* al respecto, SAMPEDRO CORRAL, M., Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008.

³⁸ CERVILLA GARZÓN, M.J., Poligamia, matrimonio por el rito gitano y derecho a la pensión de viudedad: la reciente postura del Tribunal Constitucional frente al criterio del Tribunal Supremo y su contradictorio impacto en la aplicación del derecho a la no discriminación, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 3, enero-junio, 2021, 310-311.

³⁹ «...Entiende el juzgador que, si bien la aspiración de esa norma es la de adaptar la legislación sobre seguridad social a las nuevas realidades familiares, ello no significa que se extienda la pensión de viudedad de forma incondicionada, ni que establezca un régimen de reconocimiento análogo al correspondiente a los supuestos de matrimonio. Antes bien, del texto legal se infiere sin dificultad que el legislador distingue claramente dos situaciones. A saber: de un lado, las uniones de hecho objeto de protección y, de otro, las características de la convivencia requerida para lucrarla. Dos requisitos que tienen carácter dispar, cumplen funciones diversas y operan en distintos planos jurídicos (ámbito subjetivo de la protección, por un lado, y requisitos de acceso a la prestación, por otro), de suerte que cabe distinguir entre la prueba de la convivencia —que ha de ser estable, ininterrumpida y con duración no inferior a cinco años— y la prueba de la existencia de una unión que pueda considerarse pareja de hecho a los exclusivos efectos del reconocimiento de la pensión, sin que en este último baste acreditar aquella convivencia, porque se exige también que la pareja haya accedido a los registros públicos indicados en la norma o se haya constituido mediante documento público, lo que en esta ocasión, termina la sentencia, no se cumple. Por todo ello, se desestima la demanda».

⁴⁰ En concreto en los artículos 234-1 a 14.

⁴¹ Incluso, como hemos visto, otras prestaciones sociales.

⁴² Esta posible problemática y discriminación real, fruto en mi opinión de la invasión de competencias, es la que me separa de la opinión manifestada en su día en STC45/2014 de 7 de abril: «no es que a unas parejas de hecho se le reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí».

⁴³ Artículo 234-2. Requisitos personales.

«No pueden constituir una pareja estable las siguientes personas:

a) Los menores de edad no emancipados.

b) Las personas relacionadas por parentesco en línea recta, o en línea colateral dentro del segundo grado.

c) Las personas casadas y no separadas de hecho.

d) Las personas que convivan en pareja con una tercera persona».

⁴⁴ En la famosa sentencia sobre el asunto Muñoz Díaz (STEDH de 8 de diciembre de 2009) en la que, recordemos, la buena fe y convicción de que existía matrimonio por las

partes, junto con el reconocimiento externo en documentos oficiales, fueron los elementos clave de la decisión y cambio jurisprudencial.

⁴⁵ Y este, como recuerda RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, en Unión por el rito gitano y pensión de viudedad..., *cit.*, 138 núm. 18,19 y 20, ha sido el argumento que ha justificado la concesión o no de la pensión de viudedad en los últimos años por nuestro Tribunal Supremo.

⁴⁶ En línea con el argumento esgrimido en su día por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 40/2014, de 11 de marzo, sobre la cuestión de inconstitucionalidad núm. 932-2012, en la que ya se modifica dicha norma con la finalidad de conseguir la ansiada igualdad de trato.

⁴⁷ *Vid.* por todos, FUGARDO ESTIVILL, J.M.^a, Existir, estar y ser de las uniones estables de pareja, *cit.*, 55.

⁴⁸ Puesto que no podemos obviar la existencia de regulación civil (y de Derecho público) de las parejas estables en nuestro país que ya establece cuando debe entenderse que hay pareja estable. Ya que, tal y como advierte el propio TC, en doctrina recogida en la STS 372/2022, de 24 de marzo, el derecho a la pensión exige la concurrencia de una serie de requisitos, entre ellos «*algunos de carácter formal, ad solemnitatem, consistente en la verificación de que la pareja de hecho se ha constituido como tal en Derecho*».

⁴⁹ Quienes en su día ya manifestaron su desacuerdo con la sentencia mencionada, en el sentido de que la configuración de nuestro ordenamiento jurídico español como un sistema plural no ha sido considerada inconstitucional ni contraria al principio de igualdad por el Tribunal Constitucional. En la misma línea y defendiendo la constitucionalidad del precepto se habían manifestado previamente el Abogado del Estado, el Fiscal General del Estado y la letrada de la Administración de la Seguridad Social.

⁵⁰ Ya civiles, ya de Derecho público, a la espera de una futura modificación de nuestro Código Civil estatal con el fin de incluir dentro de los modelos familiares a las parejas estables. Esto es, y para evitar esa diferencia de trato, una remisión similar a la que se introdujo inicialmente en la Ley 40/2007 (y que más adelante se declaró nula por considerarse inconstitucional por STC 40/2014, de 11 de marzo) pero más amplia, incluyendo, aunque sea provisionalmente, la normativa de las comunidades autónomas sin Derecho civil propio.

⁵¹ Y que, por lo dispuesto en la STS 372/2022, de 24 de marzo, parece que preocupan tanto a la fiscalía como a la abogacía del Estado.