



Roj: **STS 4631/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4631**

Id Cendoj: **28079140012014100628**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2014**

Nº de Recurso: **1098/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 14613/2011,**
STS 4631/2014

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA:

Presidente Excmo. Sr. D.: Jesús Gullón Rodríguez

Fecha Sentencia: 22/09/2014

Recurso Num.: UNIFICACIÓN DOCTRINA **1098/2012**

Fallo/Acuerdo:

Votación: 17/09/2014

Procedencia: T.S.J.MADRID SOCIAL

Ponente Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

Reproducido por: OLM

PENSIÓN DE VIUDEDAD EN PAREJA DE HECHO. SE REITERA DOCTRINA RESPECTO DE QUE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ESPECÍFICO O LA DOCUMENTACIÓN EN ESCRITURA PÚBLICA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO, ES JUSTIFICACIÓN AD SOLEMNITATEM Y CONSTITUTIVA DE LA EXISTENCIA DE LA PAREJA A LOS EFECTOS DE SEGURIDAD SOCIAL, SIN QUE PUEDA SER SUSTITUIDA POR LA ACREDITACIÓN DE LA PROPIA CONVIVENCIA MORE UXORIO A VIRTUD DE CUALQUIER ADMITIDO EN DERECHO. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL PÁRRAFO 5 DEL ART. 174.3 LGSS , QUE SE REMITÍA A LA LEGISLACIÓN ESPECÍFICA DE LAS CCAA PARA OBTENER LA CONSIDERACIÓN LEGAL DE «PAREJA DE HECHO» CON DERECHO A PENSIÓN DE VIUDEDAD. VOTO PARTICULAR

Recurso Num.: / **1098/2012**

Ponente Excmo. Sr. D.: Luis Fernando de Castro Fernández

Votación: 17/09/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

SENTENCIA NUM.:

TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL

Excmos. Sres.:



D. Jesús Gullón Rodríguez, D. Fernando Salinas Molina, D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea, D. Luis Fernando de Castro Fernández, D. José Luis Gilolmo López, D. Jordi Agustí Juliá, D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga, D. José Manuel López García de la Serrana, D^a. Rosa María Virolés Piñol, D^a. María Lourdes Arastey Sahún, D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, D. Miguel Ángel Luelmo Millán, D. Antonio V. Sempere Navarro, D. Jesús Souto Prieto

En la Villa de Madrid, a veintidós de Septiembre de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 20 de octubre de 2011, recaída en el recurso de suplicación nº 3818/11, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, dictada el 30 de marzo de 2011, en los autos de juicio nº 119/2011, iniciados en virtud de demanda presentada por Doña Mercedes contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre Viudedad.

Ha comparecido en concepto de recurrido DOÑA Mercedes representado por la Letrada Doña Aida Martínez García.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Luis Fernando de Castro Fernández**,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de marzo de 2011, el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando como desestimo la demanda formulada por Doña Mercedes contra la Instituto Nacional de la Seguridad Social, y Tesorería General de la Seguridad Social debo absolver y absuelvo a estos de los pedimentos de aquella."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO.- Doña Mercedes , nacida el NUM000 de 1946, convivió con Don Augusto desde el 1 de abril de 1986, conviviendo en el domicilio. No han tenido hijos comunes ni consta que alguno de ellos tenga hijos de otro vínculo; SEGUNDO.- Don Augusto falleció el 14 de octubre de 2009; TERCERO.- El 10 de junio de 2010 solicitó la actora prestación de supervivencia derivada del fallecimiento de Don Augusto , dictándose resolución por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en fecha 12 de agosto de 2010 denegando la pensión solicitada por no ser su relación con el fallecido ninguna de las que pueden dar lugar a una pensión de viudedad, de acuerdo con el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social; CUARTO.- Contra ella formuló reclamación previa el 6 de octubre de 2010, la cual fue desestimada en resolución de 2 de diciembre de 2010 confirmatoria de la anterior, porque no consta la inscripción en el registro público correspondiente la constitución de la pareja. Igualmente establece la resolución que en el caso de estimación de la demanda la base reguladora de la prestación sería de 688,58 euros."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la demandante formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 20 de octubre de 2011, en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por Dña. Mercedes , asistida por la Letrada Dña. Aida Martínez García, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 41 de los de MADRID, de fecha treinta de marzo de dos mil once, en autos nº 119/11, en virtud de demanda formulada por Dña. Mercedes , contra el INSS y la TGSS en materia de Viudedad-Pareja de Hecho, y, en consecuencia, declaramos el derecho de la actora al percibo de pensión de viudedad derivada del fallecimiento de D. Augusto en cuantía del 52 % de la base reguladora de 688,58 euros mensuales, con las mejoras o revalorizaciones a que hubiere lugar, y condenamos a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a abonarle la meritada prestación. Sin hacer declaración de condena en costas.- "

El 22 de febrero de 2012, se dictó auto de aclaración, en cuya parte dispositiva consta: "La Sala Resuelve: Que debía aclarar y aclaraba en parte la Sentencia dictada por esta Sala de lo Social en fecha veinte de Octubre de dos mil once, dimanante de lo Autos número 119/11 del Juzgado de lo Social número 41 de Madrid, y fijamos la fecha de efectos económicos en 10 de Marzo de 2010.-"

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el INSS y la TGSS, interpusieron el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en fecha 28 de febrero de 2011 (rec. suplicación 330/11).



QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar la procedencia del recurso y se case y anule la sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 24 de enero de 2013. Por providencia de esta Sala se acordó suspender el trámite del presente recurso hasta que se resuelva la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada por Auto de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de fecha 14 de diciembre de 2011, en el Rcd. 2563/10.

SÉPTIMO.- El Tribunal Constitucional, dictó sentencia en fecha 11 de marzo de 2014 (nº 932-2012), por la que se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada, y cuya certificación queda unida a las actuaciones. Por providencia de esta Sala se señaló la votación y fallo del presente recurso para el día 12 de junio de 2014, actos que fueron suspendidos. Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó que la deliberación, votación y fallo se hiciera en Pleno de Sala, fijándose para el día 17 de septiembre de 2014, la celebración de tales actos. En dicho acto la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- La sentencia recurrida.- STSJ Madrid 20/10/11 [rec. 3918/11] revocó la pronunciada por el J/ S nº 41 de los de Madrid en fecha 30/03/11 [autos 119/11] y por la que se había desestimado la pensión de Viudedad solicitada por D^a Mercedes, quien -conforme a los hechos declarados probados-: a) había convivido «more uxorio» con Don Augusto desde el año 1986 y hasta la fecha de su fallecimiento en 14/10/10; y b) los convivientes no se inscribieron como pareja en registro alguno ni hicieron constar esa cualidad en escritura pública.

2.- Sus argumentos.- La decisión de instancia niega la pensión de Viudedad porque la pareja de hecho no se había inscrito en ningún Registro Público ni se había hecho constar en documento público otorgado al efecto. Pero la sentencia recurrida del TSJ considera: a) que esta última exigencia tiene simple cualidad «ad probationem» del vínculo de pareja de hecho y por lo mismo es sustituible por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, con lo que se viene a considerar que la convivencia estable -en los términos legalmente previstos- es el único requisito exigido por la norma para que el supérstite de la pareja de hecho tenga acceso a la pensión de Viudedad; b) que repugna al principio de igualdad que «las exigencias para acreditar la existencia de la pareja de hecho a los efectos de percibir la prestación de viudedad estatal sean mayores» en una Comunidad Autónoma que en otra, lo que «obliga a una interpretación coherente con el art. 14 de la Constitución que evite injustificadas desigualdades»; y c) que esa injustificada desigualdad puede corregirse tanto «flexibilizando el concepto de documentación pública de la unión», cuanto aplicando a todos los posibles beneficiarios del Estado español el tratamiento dado por las legislaciones autonómicas menos exigentes.

3.- El recurso de casación interpuesto.- Tal decisión se recurre por el INSS en unificación de doctrina, denunciando la infracción del art. 174.3 LGSS y señalando como referencial la STSJ Madrid 28/02/12 -rec. 330/11-. Sentencia ésta que contempla supuesto de identidad sustancial al de autos en los hechos, fundamentos y pretensión [prolongada convivencia more uxorio; y ausencia de inscripción de la pareja en registro alguno o su constancia en escritura pública], pero que lleva a la opuesta conclusión de inexistencia del derecho a la pensión de viudedad, por incumplimiento del requisito formal de inscripción o escritura pública «ad hoc». Con lo que se cumple la exigencia de contradicción entre la decisión recurrida y la de contraste, consintiendo el examen de la cuestión de fondo.

SEGUNDO.-1.- La habitual respuesta de la Sala.- A la cuestión que el presente recurso plantea ya le hemos dado respuesta en muy numerosas ocasiones, y a su criterio hemos de estar también en el presente recurso, por obligado respecto a la seguridad jurídica y a la igualdad en la aplicación de la ley, así como por la deseable uniformidad de la doctrina, que es precisamente el objetivo de esta modalidad de recursos. Doctrina que en esta ocasión también hemos de mantener, sin perjuicio de alguna precisión justificativa impuesta por los términos del concreto debate, siguiendo las razones expuestas en tal doctrina con destacable unanimidad [SSTS 20/07/10 -rcud 3715/09- ... 30/05/12 -rcud 2862/118-; 27/06/12 -rcud 3742/11-; 11/06/12 -rcud 4259/11-; 16/07/13 -rcud 2924/12-; y 20/05/14 -rcud 1738/13-].

2.- Las argumentaciones usuales de la Sala.- Tal doctrina puede esquematizarse en una serie de afirmaciones que nuevamente reiteramos:

a).- Que el apartado «3» establece -aparte de otros que al caso no vienen- la exigencia de dos simultáneos requisitos para que el miembro supérstite de la «pareja de hecho» pueda obtener la pensión de viudedad: a) de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años; y b) de otro la publicidad



de la situación de convivencia *more uxorio*, imponiendo -con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento- la inscripción en el registro de parejas de hecho [en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia] o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público.

b).- Que la solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo [la existencia de la «pareja de hecho»], tal como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal -*ad solemnitatem*- de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante [en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio].

c).- O lo que es igual, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las "parejas de derecho" y no a las genuinas "parejas de hecho". Y

d).- Y que aunque acreditación de la convivencia puede realizarse por cualquier medio de prueba que tenga fuerza suficiente para procurar convicción al respecto, sin que necesariamente haya de serlo por el certificado de empadronamiento, en todo caso no cumple el requisito el Libro de Familia, porque conforme al Decreto 14/11/58 no sólo se abre con la certificación de matrimonio, sino que también se entrega a los progenitores de hijos matrimoniales y adoptivos, caso en el que únicamente acredita la filiación.

TERCERO.-1.- Nuevas consideraciones en torno al tema debatido.- Tal como hemos adelantado, los términos del debate imponen que hayamos de justificar con más precisión nuestras precedentes afirmaciones. Y al respecto mantenemos:

a).- El presupuesto de partida en la interpretación de las normas ha de ser la presunción de que los mandatos del legislador gozan de plena razonabilidad (así, STS 15/01/13 -rcud 1152/12-), planteamiento que nos lleva también a entender que en la averiguación del sentido de la norma -cuando la misma no ofrezca la deseable claridad-obligadamente ha de buscarse la interpretación que proporcione coherencia a los diversos mandatos que la disposición legal pueda contener, sin que sea admisible la opuesta postura de llevar a cabo una deconstrucción del precepto que consienta su reelaboración en términos que lleven a conclusiones que se presentan divergentes con la voluntad que «prima facie» expresa el mandato de la Ley.

b).- Ciertamente hemos de reconocer que la norma de cuya interpretación se trata [art. 174.3 LGSS] no ofrece la claridad que es siempre deseable en cualquier disposición legal, pero ese innegable defecto de técnica legislativa no puede justificar -como acabamos de decir- que se arrumbe el mandato de la Ley y se sustituya la expresa voluntad del legislador, construyendo una nueva norma cuyos mandatos se consideren -o incluso pudieran ser- más coherentes y/o adecuados a la realidad social y a la finalidad protectora de la Seguridad Social.

c).- Partiendo de aquella presunción de base, cuando el legislador afirma que « **se considerará pareja de hecho** » a quienes cumplan determinadas condiciones [entre otras, que acrediten la convivencia estable «mediante el correspondiente certificado de empadronamiento»]; y tras punto y seguido añade que la « **existencia de la pareja de hecho se acreditará** mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros», nos parece que tiene cierta dosis de voluntarismo el entender -como viene a hacer la sentencia recurrida- que la norma se refiere a un mismo requisito [la convivencia estable como pareja] y que contempla dos formas alternativas de acreditar su existencia [el empadronamiento; y la inscripción en registro o escritura pública], cuando resulta de más fácil intelección -y, además, con ello cobra plena coherencia la norma- que la primera exigencia trata el requisito material [convivencia estable durante al menos cinco años] y el segundo se refiere a una exigencia formal [constitución oficial como pareja de hecho]. Es más, en forma ejemplificativa -porque la legislación autonómica no juega ya papel alguno en la cuestión debatida, como expondremos- hemos de señalar esta duplicidad de sucesivos requisitos -convivencia e inscripción- se explicita con diáfana claridad en algunas de las legislaciones autonómicas: así, por ejemplo, el art. 3 de la Ley CAM 11/2001, de 19/Diciembre; y el art. 6 de la Ley andaluza de Uniones de Hecho, de 16/Diciembre/2002.

d).- Los términos con que la norma se expresa al referirse a la prueba de los simultáneos requisitos [convivencia estable como pareja durante cinco años; inscripción/escritura con antelación de dos años], utilizando expresiones innegablemente imperativas para cada uno de ellos [« **acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento**», para la convivencia; y « **se acreditará mediante inscripción ... o mediante**



documento público», para la propia existencia oficial de la pareja de hecho], muestran bien a las claras que el legislador quiso establecer una cerrada prueba para -cuando menos- la «constitución» de la pareja estable como tal, dotándola -el propósito es claro- de la «oficialidad» que suponen la inscripción en el Registro específico o el otorgamiento de escritura pública con la misma finalidad constitutiva. Si el criterio del legislador hubiese sido otro, el de admitir una prueba abierta, la redacción hubiera sido muy diferente y similar a la utilizada en algunas CCAA, que se refieren a «cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho» (así, por ejemplo, el art. 3.2 de la Ley Aragonesa 6/1999, de 26/Marzo; el art. 3 de la Ley Foral navarra 6/2000, de 3/Julio...).

e).- Finalmente, frente a la afirmación de la recurrida respecto de que la exigencia formal es «histórica y conceptualmente absurda», hemos de resaltar no sólo la inoportunidad -desde todo punto de vista- del comentario, sino que el mismo es opuesto al criterio expresado por esta Sala en innumerables ocasiones y a la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia de que tratamos [lo veremos luego]; aparte de que ese carácter constitutivo de la inscripción en el correspondiente Registro, que con tanta rotundidad rechaza la recurrida, se mantiene con inequívoca claridad en muchas de la legislaciones autonómicas sobre las parejas estables: así, en Islas Baleares, el art. 1.2 de la Ley 18/2001, de 19/Diciembre; en Galicia, la DA Tercera de la Ley 2/2006, de 14/Junio; en País Vasco, el art. 3 de la Ley 2/2003, de 7/Mayo; en Comunidad Valenciana, el art. 3 de la Ley 5/2012, de 15/Octubre...

2.- Efecto perversos de la tesis recurrida.- Tratamiento aparte merece otra consideración, ésta ya de orden sociológico-jurídico, cual es la de que resulta de notorio conocimiento que en gran parte de las parejas de hecho estables que no acceden a ningún Registro, uno de sus miembros -cuando no los dos- es ya perceptor de pensión de Viudedad; y que conscientemente no se inscriben como pareja, renunciando con ello a generar una nueva posible nueva pensión que incluso pudiera ser de superior importe a la ya percibida, precisamente al objeto de evitar la pérdida de la pensión que ya disfrutaban, siendo así que con arreglo al art. 174.4 LGSS, «... el derecho a la pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior ».

De esta forma, la extensión del concepto «pareja de hecho» que se pretende por la parte actora y que la recurrida hace suya, tendría la perversa consecuencia -a efectos prestacionales- de que al ampliar el ámbito de aplicación de la pensión a quienes por dejación no han cumplido las exigencias legales, con tal extensión expulsaríamos del ámbito de tal pensión a innumerables beneficiarios que precisamente no se inscribían para continuar siendo legítimos perceptores de ella, y que dejarían de serlo precisamente por mor de una interpretación que pretende ser ampliadora de la protección otorgada por la Seguridad Social. Así, el planteamiento llevaría a la lamentable consecuencia -opuesta a la que obviamente persigue la decisión recurrida- de perjudicar a un legítimo colectivo de beneficiarios, los perceptores de pensión de Viudedad que conviven maritalmente y conscientemente descartan la inscripción en el Registro específico. Y ello no sólo en teoría, sino también en la práctica, habida cuenta de la general informatización de las Administraciones y del cada vez más intenso cruce de datos entre ellas; pero en el mejor de los casos, situaríamos extramuros de la legalidad a un importante número de beneficiarios/as, muy posiblemente superior al colectivo que pretende protegerse con la «flexible» tesis que tradicionalmente -y ahora- rechazamos.

CUARTO.-1.- Las exigencias del art. 174.3 LGSS en la doctrina del Tribunal Constitucional.- Aunque el Tribunal Constitucional no sea el intérprete de la legalidad ordinaria y tal misión compete en exclusividad a los Juzgados y Tribunales de la Administración de Justicia, la autoridad de sus criterios justifica que hagamos también referencia a sus recientes manifestaciones en la materia, del todo coincidentes con las de este Tribunal Supremo, cuya doctrina llega incluso a reproducir de manera literal.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional reproduce literalmente nuestra doctrina [«como ha señalado el Tribunal Supremo...»] -por ello nos remitimos a su texto, que plasmamos en el segundo fundamento jurídico- en lo que se refiere a los «requisitos simultáneos» necesarios para obtener pensión de Viudedad [la «convivencia estable y notoria» en las circunstancias que el precepto refiere; y la «publicidad de la situación» por inscripción en Registro específico o constitución en escritura pública, «con carácter constitutivo»]. Y en la misma dirección -de compartir en sus literales términos nuestra doctrina- también manifiesta que no se trata de una exigencia probatoria duplicada sobre un único extremo [la existencia de la pareja de hecho], sino de acreditar dos exigencias simultáneas y diversas [material de «convivencia» y formal de «verificación» de haberse constituido la pareja como tal ante el Derecho. «De este modo -concluye el TC-, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas registradas al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que han formalizado su relación en documento público en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan el aludido requisito de convivencia» (SSTC 40/2014, de 11/marzo, FJ 3, dictada precisamente al resolver cuestión de inconstitucionalidad planteada por esta Sala; 45/2014, de 7/Abril, FJ 3; y 60/2014, de 3/Junio, FJ 3).



2.- Concepto de pareja estable en la doctrina constitucional.- Asimismo, el Alto Tribunal añade que ello «[q]uiere decir que, a los efectos de la Ley, no son parejas estables que queden amparadas por su regulación las que no reúnan todos esos precisos requisitos, lo que supone una opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta prima facie arbitraria o irracional»; y que «el reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia more uxorio acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica». Para concluir -como resumen-: a) que la exigencia de especial acreditación [inscripción/escritura] «no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley»; y b) que «la exigencia de la constitución formal, ad solemnitatem, de la pareja de hecho... no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho» (SSTC 45/2014, de 7/Abril, FJ 3; 60/2014, de 3/Junio, FJ 3).

3.- Inexistente tratamiento desigual a las parejas de hecho.- Y finalmente -como corolario explicativo- también se afirma que «no es que a unas parejas de hecho se le reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí» (SSTC 51/2014, de 7/Abril, FJ 3; 60/2014, de 3/Junio, FJ 3).

QUINTO.- 1.- Declaración de inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS .- Como último argumento en justificación de nuestra parte dispositiva, revocatoria de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ, hemos de referirnos a que el segundo aspecto de su «ratio decidendi» [discriminación por el diverso grado de exigencias entre las legislaciones de las CCAA] se ha visto privada de presupuesto por efecto de la STC 40/2014, de 11/Marzo [cuestión nº 932/12], que dando respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por esta Sala, decidió «declarar que el párrafo quinto del art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social... es inconstitucional y nulo con los efectos señalados en el fundamento jurídico 6». Párrafo quinto que -hemos de recordar a efectos expositivos- era expresivo de que: « *En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica*».

2.- Improcedente reinterpretación de la norma anulada.- Tal dato ha de complementarse con reproducción del referido FJ 6, en el que el máximo intérprete de la Constitución afirma: «Con el objeto de eliminar la desigualdad que se deriva del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS, en lo que a la forma de acreditación de la pareja de hecho se refiere ..., la Sala proponente de esta cuestión de inconstitucionalidad plantea como alternativa entender que la remisión del párrafo quinto a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio debe entenderse hecha a las leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas tengan o no las mismas Derecho civil propio. Sin embargo, de aceptarse esta solución persistiría la desigualdad dimanante de la propia diversidad de esas leyes autonómicas de parejas de hecho...Por todo lo señalado, debemos ... declarar inconstitucional y nulo el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1.17 CE».

3.- Alcance de la declaración de inconstitucionalidad.- En cuanto al alcance que deba atribuirse a tal declaración de inconstitucionalidad, el mismo FJ 6 de la citada sentencia, sostiene que «no solo habrá de preservar la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino que, igualmente ... se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes, de suerte que esta declaración de inconstitucionalidad sólo será eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme».

4.- Incidencia de tal declaración de inconstitucionalidad en la «ratio decidendi» de la sentencia recurrida.- Significa todo lo anteriormente expuesto -expresamente reiterado en las ya citadas SSTC 45/2014; 51/2014; y 60/201- que ha desaparecido la base normativa que sustentaba el argumento de la sentencia recurrida. Recordemos que se mantenía en ella que la diversidad legislativa en orden a la exigencia de requisitos para entenderse constituida pareja de hecho con derecho a pensión de Viudedad, habría de resolverse -por respeto al principio de igualdad- a favor de aplicar la normativa menos exigente; y que, en consecuencia, la existencia de pareja de hecho habría de entenderse no precisada de inscripción en Registro alguno o de su constitución en escritura pública, sino que para ello bastaba cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Pero desde el punto y hora en que por el Tribunal Constitucional se ha expulsado -por nula- la remisión a la legislación autonómica que llevaba a cabo el apartado quinto del art. 174.3 LGSS, el argumento decae por falta de apoyo normativo, y el rechazo de la pretensión viene impuesto -lo venía en todo caso- por el no cumplimiento de las exigencias impuestas por el art. 174.3 LGSS, interpretado en los términos que hasta la fecha lo ha venido



haciendo la Sala y que en esta sentencia mantienen, por las razones que se han expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos.

SEXTO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -en los mismo términos que sostiene el acertado informe del Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste, y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser revocada. Sin imposición de costas [art. 233.1 LPL].

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del INSTITUTO GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y revocamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 20/Octubre/2011 [rec. 3818/11], que a su vez había revocado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 30/Marzo/2011 [autos 119/11] pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Madrid, a instancia de D^a Mercedes , con absolución -por esta decisión confirmada por la presente- de los Organismos hoy recurrentes.

Sin imposición de costas a la parte recurrente.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Jesús Gullón Rodríguez Fernando Salinas Molina

María Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernández

José Luis Gilolmo López Jordi Agustí Juliá

María Luisa Segoviano Astaburuaga José Manuel López García de la Serrana

Rosa María Virolés Piñol María Lourdes Arastey Sahún

Manuel Ramón Alarcón Caracuel Miguel Ángel Luelmo Millán

Antonio V. Sempere Navarro Jesús Souto Prieto

Voto particular

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Virolés Piñol en la sentencia dictada en el recurso **1098/2012**, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agustí Juliá, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, y D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso **1098/2012**

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del fallo de la misma, por los razonamientos que a continuación se expondrán.

SEGUNDO.- Los datos de los que se ha de partir para resolver la cuestión debatida son los siguientes: a) la actora, Doña Mercedes , nacida el NUM000 de 1946, ha convivido "more uxorio", desde el 1 de abril de 1986 hace 23 años, con D. Augusto , fallecido el 14 de octubre de 2009. b) Convivían en el mismo domicilio. c) No han tenido hijos comunes ni consta que alguno de ellos tenga hijos de otro vínculo. d) El INSS deniega la pensión de viudedad solicitada por la actora por no figurar inscrita como pareja de hecho, al menos con dos años de antelación respecto a la fecha del fallecimiento del causante, 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.

TERCERO.- El artículo 174. 3 de la LGSS no ha de ser interpretado en el sentido establecido por el parecer mayoritario de la Sala, que entiende que:

" a).- Que el apartado «3» establece -aparte de otros que al caso no vienen-- la exigencia de dos simultáneos requisitos para que el miembro superviviente de la «pareja de hecho» pueda obtener la pensión de viudedad: a) de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años; y b) de otro la publicidad de la



situación de convivencia *more uxorio*, imponiendo -con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento- la inscripción en el registro de parejas de hecho [en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia] o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público.

b).- Que la solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo [la existencia de la «pareja de hecho»], tal como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal -ad solemnitatem- de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante [en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio].

c).- O lo que es igual, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las "parejas de derecho" y no a las genuinas "parejas de hecho". Y

d).- Y que aunque acreditación de la convivencia puede realizarse por cualquier medio de prueba que tenga fuerza suficiente para procurar convicción al respecto, sin que necesariamente haya de serlo por el certificado de empadronamiento, en todo caso no cumple el requisito el Libro de Familia, porque conforme al Decreto 14/11/58 no sólo se abre con la certificación de matrimonio, sino que también se entrega a los progenitores de hijos matrimoniales y adoptivos, caso en el que únicamente acredita la filiación."

CUARTO.- A este respecto hay que poner de relieve que, a efectos de la prestación de viudedad, el legislador ha definido a la pareja de hecho, en el párrafo cuarto del apartado tercero del artículo 174 de la LGSS, en los siguientes términos: " ... 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". Obsérvese que no dice "la constituida formalmente mediante inscripción, etc.". Es decir, la ausencia de constitución formal no impide que se pueda considerar que estamos ante una pareja de hecho "a efectos de lo establecido en este apartado".

A partir de esa definición, el legislador se enfrenta con el problema de la acreditación de que, efectivamente, existe esa pareja "more uxorio". Constatar la existencia del matrimonio, precisamente por su formalidad constitutiva, no plantea problema alguno, pero constatar la existencia de una pareja de hecho, precisamente por su carácter ontológicamente fáctico, sí puede plantearlos. De ahí que, para anticiparse a esos problemas de prueba, de acreditación, el legislador busque una fórmula que conjugue dos exigencias: la no desvirtuación de lo que es una pareja de hecho -que es algo distinto de una pareja de derecho- y, al propio tiempo, permitir también convertir la pareja de hecho en pareja de derecho mediante una declaración de voluntad formalizada de una determinada manera (inscripción en el Registro correspondiente o documento público), con la cautela de que se haga con dos años de antelación al fallecimiento del causante, como mecanismo para prevenir el fraude.

QUINTO.- La fórmula que emplea el legislador abre dos posibilidades alternativas:

La primera consiste en prescribir (primer inciso del precepto) que es necesario que los interesados " **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". A partir de la STS de 25 de mayo de 2010, recurso 2969/2010 nuestra Sala -obviando la literalidad del precepto y utilizando recursos hermenéuticos perfectamente lícitos- abrió la posibilidad de utilizar otros medios de prueba diferentes del certificado del padrón.

La segunda posibilidad consiste en que si los interesados desean adelantar el reconocimiento de la existencia de la pareja "more uxorio" que han formado o desean formar y, al propio tiempo, contar con un medio de prueba incontestable de la misma, utilicen la otra alternativa que les ofrece el legislador (segundo inciso del precepto): "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".

SEXTO.- A la vista de los dos incisos del precepto, forzoso resulta concluir que la acreditación de la existencia de la pareja de hecho, no solo puede realizarse mediante la 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, sino por cualquiera de los medios probatorios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Las razones que conducen a esta conclusión son las siguientes:

Primera: De seguirse la interpretación restrictiva -acreditación 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- existiría una contradicción con lo dispuesto en el primer inciso del precepto que 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, sin establecer requisito formal alguno para considerar su existencia "a efectos de lo establecido en este apartado".

Segunda: Esta interpretación es la más acorde con el principio general de libertad de forma que rige nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1278 del Código Civil). La forma constitutiva no se puede exigir más que si una ley la exige de forma inequívoca y excluyente, lo que no es el caso.

Tercera: La dicción del precepto - "*La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción...*" - no supone que la forma de acreditación de la existencia de pareja de hecho tenga que realizarse necesariamente a través de dichas formalidades, ya que si esta hubiera sido la voluntad del legislador, debería haber consignado: "*La existencia de pareja de hecho únicamente se acreditará mediante certificación de la inscripción...*" lo que, como es obvio, no ha hecho.

Cuarta: La "pareja de hecho" supone dos elementos: convivencia y "affectio maritalis". Es decir, no basta la mera convivencia en un mismo domicilio, sino que dicha convivencia ha de ser "more uxorio". La concurrencia del segundo de dichos elementos puede acreditarse, no solo mediante la inscripción en el correspondiente registro o documento público, sino también mediante otros instrumentos probatorios, algunos tan contundentes como la existencia de hijos en común, la compra de una vivienda y constitución de la subsiguiente hipoteca, por los dos miembros de la pareja de hecho, la declaración de la renta conjunta durante numerosos años, la cartilla sanitaria familiar...

Quinta: En la sentencia de 25 de mayo de 2010, se examina el requisito exigido por el legislador en el primer inciso del párrafo cuarto del apartado 3 del artículo 174 LGSS -"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"- concluyendo que el certificado de empadronamiento no es el único medio de acreditar la existencia de la pareja de hecho, conteniendo el siguiente razonamiento: "... la redacción del cuarto párrafo de dicho artículo 174.3 , referido a "cuando se considerará" que existe pareja de hecho, permite diversas interpretaciones. Una es la que hace el INSS y la sentencia recurrida, según la cual se eleva indebidamente el certificado de empadronamiento a un auténtico "requisito constitutivo" de dicha relación afectiva, como con acierto critica la sentencia de contraste. Pero hay una interpretación, mucho más acorde con el principio de igualdad constitucional, con el sentido histórico de la evolución normativa en que se inserta este nuevo artículo 174.3 y con otros criterios hermenéuticos a que más adelante nos referiremos, que es considerar el certificado de empadronamiento como un medio probatorio más, entre otros posibles, lo que, además, tiene la ventaja -como de nuevo acertadamente dice la sentencia de contraste- de permitir la prueba en contrario, esta vez a favor del INSS: puede haber un falso certificado de empadronamiento (o que fue verdadero en su día y ha dejado de serlo) que no se corresponde con una convivencia afectiva more uxorio real (que o bien nunca existió o que ha dejado de existir) y dicho certificado no debe prevalecer.

Un criterio hermenéutico que abona además esta interpretación es el sistemático: dentro del propio párrafo del artículo 174.3 en el que aparece el certificado de empadronamiento se habla de una "convivencia estable y notoria"; pero es claro que lo notorio es lo que no necesita de prueba, aquello cuya real existencia se evidencia por sí misma, luego mal se puede exigir simultáneamente que el hecho en cuestión se acredite exclusivamente mediante una prueba meramente formal como es el certificado de empadronamiento. Y algo más adelante, en el mismo párrafo, se dice que "la existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja". Es evidente que tal prescripción legal entra en contradicción con cualquier interpretación que lleve a concluir que el certificado de empadronamiento es la única prueba admisible de la convivencia. Es claro que la inscripción o el documento público recién citados tienen mucho mayor valor jurídico que el certificado de empadronamiento que, al fin y la postre, no refleja más que un hecho cambiante y aleatorio, como es la vecindad. Vecindad que, por mil motivos diferentes, por ejemplo por muy justificadas razones de trabajo y más en un mercado laboral tan



móvil como el actual, puede ser distinta para ambos integrantes de la pareja de hecho -o de un matrimonio- sin que ello signifique absolutamente nada respecto a la existencia del vínculo en cuestión".

La doctrina de la Sala, anteriormente expuesta, no debe ser diferente al interpretar el primer inciso del cuarto párrafo del apartado 3 del artículo 174 de la LGSS que al interpretar el segundo -" *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*"-, por lo que se puede acreditar la constitución de la pareja de hecho mediante otros instrumentos probatorios.

Sexta: El artículo 39 de la Constitución dispone que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, sin establecer diferencia alguna entre familias basadas en el vínculo matrimonial y familias de facto. Si mantenemos que para el reconocimiento de la prestación de viudedad en las parejas de hecho es requisito imprescindible su constitución formal, en los términos anteriormente consignados, no existiría razón alguna para mantener las diferencias de tratamiento en la citada prestación entre dichas parejas y las matrimoniales, en especial las exigencias de dependencia económica o de situación de necesidad que el artículo 174.3, párrafos primero, segundo y tercero de la LGSS exige a las parejas de hecho, pero no a las matrimoniales.

Séptima: A tenor de lo establecido en el artículo 174.1 de la LGSS, a las parejas matrimoniales se les exige el requisito de que el matrimonio se haya celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento del causante " *en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal...*". Sin embargo no se exige dicha duración cuando existan hijos comunes.

Por otra parte dicho precepto, en esas excepcionales circunstancias, no exige dicha duración del vínculo matrimonial " *cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un periodo de convivencia con el causante en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3 que, sumado a la duración del matrimonio, hubiera superado los dos años*". El propio ordenamiento da plena validez, a efectos de lucrar la pensión de viudedad, a la existencia de pareja de hecho siempre que se acredite la convivencia mediante cualquier medio de prueba idóneo -no necesariamente el empadronamiento, a tenor de nuestra doctrina- cuando exista posterior matrimonio y, sumado a la duración de la misma, exceda de dos años.

SÉPTIMO.- La sentencia de esta Sala de 20 de julio de 2010, recurso 3715/201, cuya doctrina sigue la sentencia mayoritaria, razona que se trata de probar dos requisitos diferentes, a los que aluden respectivamente el inciso primero y el segundo del cuarto párrafo del apartado 3 del artículo 174 de la LGSS, haciéndolo en los siguientes términos: " *En esta misma línea, la Sala considera ahora que el apartado «3» establece -aparte de otros que al caso no vienen- la exigencia de dos simultáneos requisitos para que el miembro superviviente de la «pareja de hecho» pueda obtener la pensión de viudedad: a) de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años [a acreditar mediante empadronamiento; o por cualquier otro medio de prueba, con especial poder de convicción, particularmente documental: SSTS 25/05/10 -rcud 2969/09 -; y 09/06/10 -rcud 2975/09 -]; y b) de otro la publicidad de la situación de convivencia more uxorio , imponiendo -con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento- la inscripción en el registro de parejas de hecho [en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia] o la constancia de su constitución en documento público.*

La solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo [la existencia de la «pareja de hecho»], tal como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos -como antes hemos señalado- a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal - ad solemnitatem - de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante [en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio]. O lo que es igual, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las «parejas de derecho» y no a las genuinas «parejas de hecho».

Aunque la sentencia entiende que la exigencia de los dos requisitos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3 del artículo 174 de la LGSS tienen la finalidad de probar dos cosas diferentes -convivencia y publicidad de la situación de convivencia "more uxorio"- en realidad, lo que se trata de probar, en ambos casos, es una sola cosa: "la existencia de pareja de hecho". Pero con una diferencia importante: mediante las pruebas



-cualesquiera, según nuestra doctrina- del primer inciso se trata de acreditar algo que ya viene existiendo desde hace al menos 5 años. En cambio, mediante la constitución formal del segundo inciso, lo que se trata es precisamente de "crear" esa pareja -aunque puede que viniera siendo una realidad fáctica anterior- para que, transcurridos dos años, esa formalización opere como prueba incontestable -sin necesidad de ninguna otra, pues entonces no habría efecto constitutivo alguno- de la existencia de esa mal llamada "pareja de hecho" pues, como reconoce nuestra doctrina, es, en realidad, una "pareja de derecho", tal y como expresamente lo reconoce nuestra sentencia de 20 de julio de 2010, recurso 3715/201.

OCTAVO.-Procede examinar la incidencia sobre esta cuestión de los últimos pronunciamientos del TC, especialmente, la STC 40/2014, de 11 de marzo, y la STC 51/2014, de 7 de abril.

En la primera, que resuelve la cuestión planteada por nuestra Sala, declarando la inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 de la LGSS, el TC afirma -aunque sea *obiter dicta*, pues en nada afecta a la cuestión planteada referente a la desigualdad derivada de la diferenciación entre CCAA con Derecho Civil propio y las que no lo tienen- que la interpretación que hace el TS del asunto que estamos tratando es la que ya conocemos y la respeta, como no puede ser de otro modo, habida cuenta de que es al TS a quien corresponde interpretar la legislación ordinaria, correspondiendo solamente al TC decidir si la norma -con esa interpretación del TS- es conforme o no a la CE.

Esto último es lo que hace -ya directamente, no *obiter dicta*- la STC 51/2014, de 7 de abril, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social número 3 de Talavera de la Reina, afirmando que esa solución legal del párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS en la interpretación dada por nuestra Sala -la exigencia de formalización de todas las parejas de hecho para poder acceder a la pensión de viudedad- es conforme a la Constitución. Concretamente concluye afirmando que " En el presente caso, el Juzgado proponente de la cuestión pone en duda la diferencia de trato normativo derivada de que las parejas de hecho hayan cumplido o no los requisitos formales de acreditación previstos en la Ley (inscripción en registro o constitución en documento público). Sin embargo, si atendemos a la regulación del art. 174.3 LGSS , constatamos que no es que a unas parejas de hecho se le reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí. En efecto, en el párrafo cuarto del indicado precepto el legislador ha establecido las condiciones que han de cumplir las parejas de hecho para tener tal consideración a efectos de la regulación contenida en el apartado, disponiendo que "se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante". Esto es, el art. 174.3 LGSS se refiere a dos exigencias diferentes: la material, referida a la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante; y la formal, ad solemnitatem , es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante (STC 40/2014, de 11 de marzo , FJ 3). Y todo ello presidido por un presupuesto previo de carácter subjetivo: que los sujetos no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que no tengan un vínculo matrimonial subsistente con otra persona.

Quiere ello decir que, a los efectos de la Ley, no son parejas estables que queden amparadas por su regulación las que no reúnan todos esos precisos requisitos, lo que supone una opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta *prima facie* arbitraria o irracional. En efecto, desde ese enfoque, al igual que reconocimos en la STC 93/2013, de 23 de abril , FJ 7, que el legislador puede establecer regímenes de convivencia *more uxorio* con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones para su efectivo reconocimiento y atribuyéndole determinadas consecuencias, cabe razonar ahora que el reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia *more uxorio* acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica.

En suma, la norma cuestionada responde a una justificación objetiva y razonable desde el punto de vista constitucional. En efecto, 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. La constitución formal, ad solemnitatem, de la pareja de hecho exigida en el párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social. Además, esa exigencia formal favorece la seguridad jurídica y evita el fraude en la reclamación de pensiones de viudedad.

En consecuencia, por todo lo arriba expuesto, debemos afirmar que el apartado cuarto del art. 174.3 LGSS, en su inciso "[l]a existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja", no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE)".

Lo que puede afectar al derecho de igualdad no es que se exija esa "constitución formal, ad solemnitatem, de la pareja de hecho" sino que, cumplida esa exigencia por todas las parejas de hecho, se les dé un tratamiento claramente desfavorable frente a las parejas matrimoniales a efectos de pensión de viudedad. Entendiendo que esa vía de la constitución formal es simplemente una opción que ofrece el legislador a la pareja de hecho que desee acortar el "plazo de carencia" de cinco años a dos años y no una exigencia general, es posible, quizás, evitar esa tacha de inconstitucionalidad.

En cualquier caso, lo que debemos subrayar es que el hecho de que el TC haya afirmado que el párrafo cuarto del artículo 174.3 LGSS -en la interpretación que le da nuestra Sala- no es inconstitucional, no significa que no podamos dar a ese precepto una interpretación distinta que, como la que ahora se propone, tampoco viola la Constitución.

NOVENO.-Finalmente hay que poner de relieve que la interpretación que se propone del cuarto párrafo del apartado tercero del artículo 174 de la LGSS en modo alguno perjudicaría a un legítimo colectivo de beneficiarios.

La sentencia mayoritaria entiende que: **Efecto perverso de la tesis recurrida.**- Tratamiento aparte merece otra consideración, ésta ya de orden sociológico-jurídico, cual es la de que resulta de notorio conocimiento que en gran parte de las parejas de hecho estables que no acceden a ningún Registro, uno de sus miembros -cuando no los dos- es ya perceptor de pensión de Viudedad; y que conscientemente no se inscriben como pareja, renunciando con ello a generar una nueva posible nueva pensión que incluso pudiera ser de superior importe a la ya percibida, precisamente al objeto de evitar la pérdida de la pensión que ya disfrutaban, siendo así que con arreglo al art. 174.4 LGSS, «... el derecho a la pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior».

De esta forma, la extensión del concepto «pareja de hecho» que se pretende por la parte actora y que la recurrida hace suya, tendría la perversa consecuencia -a efectos prestacionales- de que al ampliar el ámbito de aplicación de la pensión a quienes por dejación no han cumplido las exigencias legales, con tal extensión expulsaríamos del ámbito de tal pensión a inúmeros beneficiarios que precisamente no se inscribían para continuar siendo legítimos perceptores de ella, y que dejarían de serlo precisamente por mor de una interpretación que pretende ser ampliadora de la protección otorgada por la Seguridad Social. Así, el planteamiento llevaría a la lamentable consecuencia -opuesta a la que obviamente persigue la decisión recurrida- de perjudicar a un legítimo colectivo de beneficiarios, los perceptores de pensión de Viudedad que conviven maritalmente y conscientemente descartan la inscripción en el Registro específico. Y ello no sólo en teoría, sino también en la práctica, habida cuenta de la general informatización de las Administraciones y del cada vez más intenso cruce de datos entre ellas; pero en el mejor de los casos, situaríamos extramuros de la legalidad a un importante número de beneficiarios/as, muy posiblemente superior al colectivo que pretende protegerse con la «flexible» tesis que tradicionalmente -y ahora- rechazamos. Precisamente con la tesis que se propugna se contribuiría más eficazmente a evitar el fraude de parejas de hecho estables, que no acuden a ningún registro a inscribirse, ni formalizan su estado en documento público, por ser una de ellas, o las dos, perceptores de una pensión de viudedad, que se extinguiría automáticamente al inscribirse como pareja de hecho, en virtud de lo establecido en el artículo 174.4 LGSS. No se trata de "un legítimo colectivo de beneficiarios" -que perciben pensión de viudedad, que conviven de forma estable con otra persona y no formalizan su situación mediante inscripción en el registro o documento público- sino más bien de posibles beneficiarios que, ocultando la situación en que se encuentran, perciben indebidamente una prestación que no les corresponde, ya que la misma debió extinguirse al constituir una pareja de hecho.

DÉCIMO.- Por todo lo razonado entiendo que la sentencia debió desestimar el recurso formulado.

En Madrid, a 22 de septiembre de 2014



PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández y el voto particular que formula la Magistrada Excmo. Sra. Doña Rosa María Virolés Piñol, al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agustí Juliá, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, y D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ