



Roj: **STS 5719/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5719**

Id Cendoj: **28079140012014100823**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2014**

Nº de Recurso: **2563/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a Ana I. Menéndez del Río en nombre y representación de D^a Rosalia , contra la sentencia dictada el 23 de abril de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el recurso de suplicación núm. 231/10 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Gijón, de fecha 30 de septiembre de 2009 , recaída en autos núm. 389/09, seguidos a instancia de D^a Rosalia contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre PENSIÓN VIUDEDAD.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Letrada de la Administración de la Seguridad Social actuando en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 30 de septiembre de 2009, el Juzgado de lo Social núm. 4 de Gijón, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda formulada por D^a Rosalia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a éstos de las pretensiones contra los mismos deducidas en este procedimiento".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" **1º**.- La demandante, D^a Rosalia , mayor de edad, cuyas demás circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, en fecha 28 de enero de 2009, presentó escrito solicitando le fuera reconocida pensión de viudedad por el fallecimiento de su pareja de hecho, Octavio , ocurrido el 28 de noviembre de 2008.

2º.- Por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 30 de enero de 2009, le fue denegado el reconocimiento de tal prestación por no acreditar el requisito de la convivencia ininterrumpida durante cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento, ni la constitución formal como pareja de hecho, ni tampoco el requisito de ingresos exigidos legalmente.

3º.- Formulada reclamación previa por la demandante, por resolución de fecha 25 de marzo de 2009 fue desestimada por la entidad gestora.

4º.- La demandante se encuentra divorciada del que fuera su esposo por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Gijón de fecha 2 de septiembre de 1997 . El estado civil del finado era el de soltero.

5º.- La demandante y el causante firmaron con el Ayuntamiento de Gijón en fecha 10 de mayo de 1995, contrato de arrendamiento de vivienda sita en el llamado Grupo de Viviendas de las 1.500 de Pumarín, CALLE000 bloque nº NUM000 , portal NUM001 NUM002 NUM003 de Gijón, en la que a fecha 4 de diciembre de 2008 figuraban empadronados desde el 1 de mayo de 1996, con la hija habida en común, Celestina , nacida



el NUM004 de 1982. De esa convivencia en común ha nacido también un hijo varón llamado Pedro Miguel , en fecha NUM005 de 1979. El Libro de Familia de la pareja fue expedido el 30 de septiembre de 1996.

6º.- Al menos desde el año 1991 la actora consta en el Instituto Nacional de Seguridad Social junto con sus hijos como familiar a cargo del beneficiario, ahora fallecido.

7º.- La demandante entre el 18.12.07 al 17.11.08, vino percibiendo subsidio de desempleo en cuantía que no consta, sin que a fecha 25 de febrero de 2009, fuera beneficiaria de prestaciones de desempleo. El fallecido trabajaba para Emulsa, con la categoría profesional de Peón. En el año inmediatamente anterior al fallecimiento el finado percibía unas retribuciones salariales que oscilaban entre 900 ó 1000 euros, sin inclusión de pagas extras, según resulta de los recibos de salarios que por venir unidos a autos se dan por íntegramente reproducida.

8º.- No consta la constitución como pareja de hecho de los convivientes en ningún documento público ni registro específico de uniones de hecho.

9º.- La base reguladora mensual de la prestación reclamada es de 1.325,33 euros, y la fecha de efectos económicos se fija el 28 de enero de 2009, con la conformidad de las partes".

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D^a Rosalia ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia con fecha 23 de abril de 2010 en la que, dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^{ña}. Rosalia , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Gijón, en autos seguidos a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social sobre Pensión de Viudedad, y en consecuencia debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada".

CUARTO.- Por la Letrada D^a Ana I. Menéndez del Río, en nombre y representación de D^a Rosalia se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 1 de julio de 2010, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 9 de marzo de 2009 .

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de julio de 2011.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala del mismo 7 de julio de 2011 se acordó, con suspensión de la votación y fallo del citado recurso de unificación de doctrina, oír a las partes y al Ministerio Fiscal en orden a la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 174.3, párrafos cuarto y quinto, de la Ley General de Seguridad Social , según la vigente redacción que procede de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Cumplidos los trámites relatados, el Presidente de la Sala Cuarta del TS decidió elevar al Pleno la decisión última sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, dicha Sala General, en su reunión de 14 de diciembre de 2011, decidió plantear la cuestión de inconstitucionalidad del párrafo quinto del artículo 174.3 de la LGSS .

SÉPTIMO.- En fecha 11 de marzo de 2014 el Tribunal Constitucional dicta sentencia en la que se acuerda: "Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia declarar que el párrafo quinto del art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, es inconstitucional y nulo con los efectos señalados en el fundamento jurídico 6".

OCTAVO.- Concluido el anterior trámite, por providencia de esta Sala de fecha 5 de mayo de 2014, se señala para votación y fallo el día 12 de junio de 2014, suspendido dicho trámite, y dada la trascendencia y complejidad del asunto, se acordó que la deliberación, votación y fallo del mismo se hiciera por la Sala en Pleno, señalándose el día 17 de septiembre de 2014, en el que tuvo lugar. En dicho acto el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, 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 Fernandez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1.- La sentencia recurrida.- La STSJ Asturias 23/04/2010 [rec. 231/10] confirmó la pronunciada por el JS/4 de los de Gijón en fecha 30/09/09 [autos 389/09], que había desestimado la pensión de Viudedad solicitada por D^a Rosalia . En tal sentencia se declaran probados-entre otros extremos que no afectan al debate- los siguientes: a) la actora -divorciada desde 02/09/97- había convivido «more uxorio» con Don Octavio



-soltero- a partir de fecha que no consta y hasta el fallecimiento del mismo en 28/11/08; b) fueron fruto de su relación dos hijos, nacidos en 1979 y 1982; c) en 1995 habían suscrito conjuntamente el contrato de arrendamiento de la vivienda, en la que figuraron empadronados desde 01/05/96; d) desde 1991 la demandante figuraba en el INSS «como familiar a cargo del beneficiario»; e) tenían expedido Libro de Familia desde 30/09/96; y f) «[n]o consta la constitución como pareja de hecho de los convivientes en ningún documento público ni registro específico de uniones de hecho».

2.- Sus argumentaciones.- La Sala de Oviedo basa la desestimación de la pretensión en dos consideraciones de orden diverso: a) que «... los términos de la norma - art. 174.3 LGSS - no dejan lugar a dudas de que son requisitos acumulativos, y por tanto, el requisito de constitución formal como pareja de hecho, en los casos de fallecidos a partir de 1 de enero de 2008, es diferente al de la convivencia y resulta imprescindible para tener derecho a la pensión, de suerte que no tienen esta protección las parejas de hecho, que no se han constituido como tales en la forma legalmente prevista para quedar sujetas al régimen jurídicos de éstas...»; y b) que «..el Principado de Asturias nunca ha tenido ese Derecho Civil propio, sin perjuicio de la existencia de un determinado número de costumbres...; la consecuencia es que en materia de efectos de la convivencia de las parejas de hecho, en relación con el fallecimiento de uno de sus integrantes, se aplica la norma estatal que establece básicamente el ... artículo 174» LGSS .

3.- La sentencia de contraste.- Esta sentencia del TSJ es objeto de recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se efectúa denuncia única, la infracción de los arts. 15 CE [art. 14, obviamente], 174.3 LGSS y 3 de la Ley 4/2002, de Parejas de Hecho , del Principado de Asturias.. Y el argumento que se utiliza, es que -dice el recurso- «se está discriminando a los habitantes del Principado de Asturias frente a los de otras Comunidades con regulación al efecto muy similar o casi idéntica, por considerar el mismo como Derecho Civil propio, al estar compilado, o Derecho Foral». Denuncia del todo coherente con la efectuada en trámite de Suplicación, limitado -en lo que al examen del Derecho se refiere- a denunciar los mismos preceptos, con el argumento de que a la actora le era aplicable el párrafo quinto del tan citado art. 174.3 LGSS y que la misma acreditaba cualidad de «pareja de hecho» conforme al art. 3 de la Ley 4/2002, de Parejas Estables , del Principado de Asturias.

Pero aunque la infracción es única, el recurso señala inicialmente como referenciales dos sentencias; y requerida la parte para que optase por una de ellas, formalmente [escrito de 30/07/10] se seleccionó la STSJ Aragón 09/03/09 [rec. 75/09], que contempla supuesto de pareja de hecho conviviente desde 1979 hasta 01/02/08, sin que como tal figurase inscrita en el Registro autonómico de parejas de hecho [Registro de la Diputación General de Aragón], y sin que tampoco constase en escritura pública, pese a lo cual le fue reconocido a la reclamante pensión de Viudedad, por cuanto que conforme al art. 3.2 de la Ley 6/1999 [26/ Marzo], «[p]odrá acreditarse la existencia de pareja estable no casada ..., si no existiera escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho».

4.- La exigencia de contradicción.- La circunstancia de que el presente recurso de casación hubiese sido en su día admitido a trámite, habiéndose tenido así - en principio- por concurrentes todos los requisitos formales que la legislación procesal impone, y la posterior eventualidad de que las actuaciones su hubiesen suspendido tres años en razón a haber formulado esta Sala cuestión de inconstitucionalidad, determinan -una vez resuelta la cuestión por el Tribunal Constitucional- que a la fecha presente ya no se presente razonable efectuar un minucioso examen del requisito de contradicción, que con rigurosa exigencia ciertamente pudiera entenderse ausente, y que atendamos más bien a la diversidad de soluciones dadas por las sentencias recurrida y referencial en orden al mismo punto litigioso, los medios legales de acreditación de la existencia de la pareja de hecho, extremo en el que -como vimos- las decisiones contrastadas son opuestas. Como también una prudente aplicación de la tutela judicial -habida las circunstancias citadas- nos lleva a prescindir de la examinar la posible trascendencia que en orden a la exigencia de infracción normativa enunciada pudiera significar que la STC 40/2014 [de 11/Marzo] hubiera expulsado del Ordenamiento jurídico el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS .

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, con independencia de que esa exigencia formal haya sido objeto de uniforme pronunciamiento por esta Sala y de que tal criterio sea compartido por la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional [lo veremos luego], en todo caso parece oportuno destacar que el carácter constitutivo de la inscripción en el correspondiente Registro también 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 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.

Beneficiarios, cuyo legítimo disfrute de la pensión de Viudedad -pese a su convivencia more uxorio- es el resultado de que la opción de constituirse -o no- oficialmente como pareja de hecho, con todas las consecuencias jurídicas que ello comporta [poder lucrar una futura pensión o perder la ya reconocida], es un decisión que corresponde en exclusiva a la pareja conviviente; y como tal derecho que es, no puede negarse -al menos con amparo en la legislación vigente- por la mera circunstancia de que uno de ellos o ambos sean perceptores de pensión de Viudedad, sin que -por lo mismo- les sea obligado transformar su convivencia «more uxorio» en lo que en alguna ocasión hemos llamado «pareja de derecho», compeliéndoles a constituirse oficialmente como tal pareja, mediante la inscripción en el correspondiente registro o a través de escritura notarial.

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, confirmatoria 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»; y este último es el caso de la decisión sobre la que en este recurso nos pronunciamos.



4.- Incidencia de la declaración de inconstitucionalidad en la infracción denunciada por la parte recurrente.-

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 utilizado en el recurso de casación, al sostenerse en él se sostenía que con la aplicación literal del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS se discriminaba a los habitantes del Principado frente a los de otras Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio. Con independencia de que tal párrafo fuese -efectivamente- inconstitucional, lo cierto es que esa misma circunstancia ha determinado su consiguiente expulsión del Ordenamiento jurídico, por obra de la ya citada STC 40/2014 , con lo que el posible derecho de la reclamante ha de dilucidarse en atención a las restantes previsiones que al efecto dispone el art. 174.3 LGSS , y más específicamente a la tan referida limitación del derecho exclusivamente en favor de las parejas de hecho cuya existencia se hubiese constituido en la forma que el legislador prescribe, por inscripción en Registro específico o por escritura notarial; modos legales de constituirse, cuya ausencia en el caso debatido comporta la inexistencia del derecho a la pensión de Viudedad y la confirmación de la sentencia recurrida.

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 recurrida, que -en consecuencia- ha de ser confirmada. 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

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D^a Rosalia frente a la STSJ Asturias 23/Abril/2010 , que a su vez había confirmado la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Cuatro de los de Gijón en 30/Septiembre/2009 [autos 389/09] y por la que se había absuelto a al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

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.

Jesus Gullon Rodriguez Fernando Salinas Molina Maria Milagros Calvo Ibarlucea Luis Fernando de Castro Fernandez Jose Luis Gilolmo Lopez Jordi Agusti Julia Maria Luisa Segoviano Astaburuaga Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Rosa Maria Viroles Piñol Maria Lourdes Arastey Sahun Manuel Ramon Alarcon Caracuel Miguel Angel Luelmo Millan Antonio V. Sempere Navarro Jesus Souto Prieto

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA nº **2563/2010**, AL QUE SE ADHIEREN LOS/AS EXCMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agusti Julia, D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga y D^a Rosa Maria Viroles Piñol.

Haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 260.2 de la LOPJ , formulo voto particular a la sentencia dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina **2563/2010** por discrepar -con el debido respeto- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala.

El voto particular se funda en los siguientes razonamientos jurídicos:

PRIMERO.- 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 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."

SEGUNDO.- 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.

TERCERO.- 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".

CUARTO.- 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 -es decir, la de la forma constitutiva o "ad solemnitatem" al exigirse la 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: La interpretación que propongo 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 podrá acreditar** 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 y durante un cierto tiempo, sino que dicha convivencia ha de ser "more uxorio". La concurrencia del segundo de dichos elementos se debe poder acreditar, 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, que tienen -sobre todo si concurren todos ellos- un significado mucho más expresivo de esa "affectio maritalis" que una mera inscripción formal o una declaración ante notario.

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.

QUINTO.- 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 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 [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 . Por eso se trata de dos vías alternativas para acreditar la existencia de la pareja de hecho y no de dos exigencias acumulativas, lo cual carece de sentido alguno: si la inscripción registral o la declaración ante notario tiene valor constitutivo de la pareja de hecho - que, en realidad, como reconoce la doctrina mayoritaria, es "de derecho"- ¿a qué viene exigir que, además, hayan convivido durante cinco años?

SEXTO .- 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).

Pero lo que yo sostengo es que 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 -que las convierte, como hemos dicho, en parejas de derecho- 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.

SÉPTIMO.- 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. Beneficiarios, cuyo legítimo disfrute de la pensión de Viudedad -pese a su convivencia more uxorio- es el resultado de que la opción de constituirse -o no- oficialmente como pareja de hecho, con todas las consecuencias jurídicas que ello comporta [poder lucrar una futura pensión o perder la ya reconocida], es un decisión que corresponde en exclusiva a la pareja conviviente; y como tal derecho que es, no puede negarse -al menos con amparo en la legislación



vigente- por la mera circunstancia de que uno de ellos o ambos sean perceptores de pensión de Viudedad, sin que -por lo mismo- les sea obligado transformar su convivencia «more uxorio» en lo que en alguna ocasión hemos llamado «pareja de derecho», compeliéndoles a constituirse oficialmente como tal pareja, mediante la inscripción en el correspondiente registro o a través de escritura notarial.

No creo que esa reflexión sea compartible. Lo que la misma demuestra es que, con la exigencia de la constitución formal de la pareja de hecho para poder acreditar su existencia, se producen dos efectos jurídicos de distinto signo pero igualmente indeseables: que el supérstite de una verdadera pareja de hecho no podrá obtener una pensión de viudedad a la que -cumpliendo las condiciones que sabemos- debería tener derecho; y, en sentido contrario, que mientras esa verdadera pareja de hecho ha existido, cada uno de sus miembros podrá seguir cobrando una pensión de viudedad anterior a la que, en puridad, no tendría derecho por aplicación del art. 173.4 de la LGSS . En definitiva: que la exigencia de la constitución formal de la pareja de hecho deja fuera de juego -a todos los efectos relacionados con la pensión de viudedad- a verdaderas parejas de hecho. Lo cual no es lógico, pese a que ello pueda favorecer a algunas personas en situaciones muy concretas. Todo ello sea dicho dejando al margen en este momento el debate sobre esa causa de extinción de la pensión de viudedad -contraer matrimonio o constituir una pareja de hecho- cuya coherencia con una prestación de carácter contributivo (indebidamente desnaturalizada en el caso de las parejas de hecho, según dijimos) es más que discutible, puesto que son las cotizaciones del fallecido las que originaron esa prestación de viudedad y no la situación de necesidad del supérstite (que, por otra parte, puede existir o no por muy diversas razones, completamente al margen de contraer matrimonio o constituir pareja de hecho).

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

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 Fernandez y el voto particular formulado por Magistrado Excmo. Sr. D. Manuel Ramon Alarcon Caracuel, al que se adhieren los/as Excmos/as. Sres/as. Magistrados/as D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agusti Julia, D^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga y D^a Rosa Maria Viroles Piñol. hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.