

La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre

Eduardo Enrique Taléns Visconti

*Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València (España)*

Eduardo.Talens@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-0515-731X>

Extracto

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, ha dado nueva redacción al artículo 221 de la Ley general de la Seguridad Social. En este sentido, ha reformado varios aspectos importantes en relación con la pensión de viudedad en el caso de las parejas de hecho. Los cambios producidos han sido, en líneas generales, los siguientes: se elimina la necesidad de acreditar una convivencia estable para las parejas de hecho con hijos/as en común; ya no se exige ningún requisito económico; se regula el acceso a la pensión a las exparejas de hecho. Junto con ello, se permite solicitar la pensión de viudedad con carácter excepcional durante el año 2022 a parejas de hecho que no cumplieran con los requisitos existentes con anterioridad a la presente reforma. En definitiva, el objetivo de este artículo consiste en analizar todas estas novedades que configuran el régimen jurídico actual de la pensión de viudedad en el caso de las parejas de hecho.

Palabras clave: pensión de viudedad; parejas de hecho; requisitos exigidos; pensión compensatoria; convivencia; registro; reforma legal.

Recibido: 16-02-2022 / Aceptado: 01-03-2022

Cómo citar: Taléns Visconti, E. E. (2022). La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 169-186.



The widow's pension of common law partners after the reform of Law 21/2021, of December 28

Eduardo Enrique Taléns Visconti

Abstract

Law 21/2021, of December 28, has given new wording to article 221 of the General Social Security Law. In this regard, it has reformed several important aspects in relation to the widow's pension in the case of de facto couples. The changes produced have been, in general, the following: the need to prove a stable coexistence for de facto couples with children in common is eliminated; no longer requires any economic requirements; access to pensions for former domestic partners is regulated. Along with this, it is allowed to request the widow's pension exceptionally during the year 2022 to de facto couples who did not meet the existing requirements prior to this reform. In short, the objective of this article is to analyze all these novelties that make up the current legal regime of the widow's pension in the case of de facto couples.

Keywords: widow's pension; common law partners; requirements demanded; compensatory pension; cohabitation; registration; legal reform.

Citation: Taléns Visconti, E. E. (2022). The widow's pension of common law partners after the reform of Law 21/2021, of December 28. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 169-186.



Sumario

1. Introducción
2. El requisito material: la convivencia estable y notoria
3. El requisito formal: la inscripción de la pareja de hecho
4. El requisito cuantitativo: el desequilibrio económico ocasionado tras el fallecimiento
5. La posibilidad de que las parejas de hecho que no pudieron acceder a la pensión en su momento sí que puedan hacerlo en la actualidad: una opción transitoria

1. Introducción

El reconocimiento de la pensión de viudedad para las parejas de hecho ha sido tradicionalmente un punto bastante conflictivo. El acceso de las personas convivientes *more uxorio* a la pensión de viudedad plantea dos tipos de problemas: los relacionados con la seguridad jurídica (a la hora de acreditar esta situación) y los atinentes al reparto de los recursos públicos (sobre el tipo de relaciones personales a las que reconocer una pensión).

En un primer momento, el texto original de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) no contemplaba a las parejas de hecho entre las personas beneficiarias de la pensión de viudedad; situación obvia si tenemos en cuenta que, en aquel momento, civilmente todavía no estaban reconocidas por ley. Las primeras reformas llevadas a cabo sobre el artículo 174 de la LGSS tampoco optaron por abrir la posibilidad a que la pensión de viudedad pudiera reconocerse en favor de las parejas de hecho. En definitiva, la normativa de Seguridad Social únicamente reservaba este derecho a las personas que previamente al hecho causante estuvieran unidas a través de un vínculo matrimonial. De hecho, la jurisprudencia social solía negar de raíz la equiparación de una relación *more uxorio* con la marital, incluso, cuando existía previamente el firme propósito de contraer matrimonio y este no se llegaba a celebrar por la enfermedad y posterior fallecimiento de una de las partes, sin que se lleve a cabo siquiera *in articulo mortis*. Así lo consideró la [Sentencia del Tribunal Supremo \(STS\) de 19 de noviembre de 1998 \(rec. 53/1998\)](#), que vino a expresar que «la naturaleza del matrimonio impide que el consentimiento presunto o propósito de contraer matrimonio sea equivalente al consentimiento formal». Por lo demás, esta disparidad de criterio existente entre cónyuges, excónyuges y personas que conviven extramatrimonialmente a la hora de resultar personas beneficiarias de la pensión de viudedad fue declarada constitucional (por todas, [Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 184/1990, de 15 de noviembre](#)).

Sin embargo, con el paso del tiempo, la [Ley 40/2007, de 4 de diciembre](#), de medidas en materia de Seguridad Social, introdujo finalmente un nuevo apartado dentro del anterior artículo 174 de la LGSS por el que se incluyó como sujetos pasivos de la pensión de viudedad a las personas que acreditaran ser pareja de hecho estable. De esta manera, el legislador optó por ampliar el ámbito subjetivo de la pensión, algo que, por lo demás, se venía reclamando desde distintos sectores (*vid.* [Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social](#) firmado en el Palacio de la Moncloa el 13 de julio del año 2006 por parte del Gobierno y los agentes sociales). Ahora bien, el acceso a la pensión de viudedad por parte de las personas que están unidas a través de una pareja de hecho se llevó a cabo sin equiparar esta situación con la de la persona cónyuge viuda. En este sentido, se introdujeron en la normativa de Seguridad Social una serie de requisitos adicionales que debían concurrir para que la pareja de hecho supérstite pudiera optar a la pensión de viudedad.

En la actualidad, la pensión de viudedad de las parejas de hecho se encuentra regulada en el [artículo 221 de la LGSS](#), que mantuvo durante mucho tiempo la redacción heredada con anterioridad (cosa razonable si tenemos en cuenta que se trata de un texto refundido). Ahora bien, esta situación se ha mantenido inalterada desde el real decreto-ley del año 2015 hasta el 31 de enero de 2021. Ha sido la reciente [Ley 21/2021, de 28 de diciembre](#), de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, la que, en su [artículo 1.Diez](#), ha modificado el tenor del artículo 221 de la LGSS tras varios años sin modificarse, introduciendo desde el 1 de enero de 2022 importantes cambios en lo que se refiere a los requisitos de acceso a la pensión de viudedad por parte de las parejas de hecho.

2. El requisito material: la convivencia estable y notoria

De acuerdo con lo establecido por el [artículo 221.2 de la LGSS](#), las parejas de hecho deben acreditar, 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 5 años». Junto con ello, se añade que las personas que constituyan pareja de hecho no deben estar impedidas para contraer matrimonio. Por lo tanto, tenemos que acudir al Código Civil (CC) para advertir dichos obstáculos. Así, en primer lugar, el CC recoge en su [artículo 46](#) dos supuestos impeditivos «absolutos»: el caso de las personas menores de edad que no estén emancipadas y el de aquellas que estén ligadas previamente por un vínculo matrimonial. Tampoco podrán contraer matrimonio, según lo dispuesto por el [artículo 47 del CC](#), «los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción». También están impedidos –según preceptúa el propio [art. 47 CC](#)– «los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal».

El [artículo 221.2 de la LGSS](#) sigue disponiendo que las partes «no tengan vínculo matrimonial con otra persona», cuestión obvia, pues en ese caso, además de no poder constituirse como tal, tendrían derecho a la pensión por la vía del [artículo 219 de la LGSS](#), es decir, por razón de matrimonio. La [Ley 21/2021](#) ha añadido en el tenor del artículo 221.2 de la LGSS la frase «ni constituida pareja de hecho». Por lo tanto, tampoco tendrán derecho a la pensión quienes ya tuvieran constituida previamente una pareja de hecho con otra persona. No cabe, en ningún caso (del mismo modo sucede con los matrimonios), tener derecho a la pensión por el fallecimiento de más de una persona. Por ello, de acuerdo con lo dispuesto por el [artículo 220 de la LGSS](#), si una persona divorciada vuelve a contraer nupcias con otra persona, perderá la pensión de su excónyuge, puesto que ya tendrá acceso a la misma en virtud de su matrimonio actual. En este mismo sentido, cuando ya exista previamente una pareja de hecho constituida con una persona, será esta, en su caso, la causante de la pensión.

Siguiendo con la lectura del precepto, se exige en el caso de las parejas de hecho (como requisito especial respecto de los matrimonios) una convivencia estable no inferior a 5 años. Para acreditar este extremo se podrá utilizar cualquier medio de prueba admitido en derecho, incluyendo la aportación del certificado de empadronamiento, que es, *ex lege*, el medio natural de hacerlo, pero no el único.

Así, por lo que respecta al certificado de empadronamiento, hay que tener en cuenta la jurisprudencia emanada por parte del TS, según la cual estamos ante un medio privilegiado de prueba, aunque no es el único. En este sentido, de acuerdo con la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Social del TS, la referencia expresa realizada por el [artículo 221.2 de la LGSS](#) hacia el certificado de empadronamiento no excluye la posibilidad de alegar esta convivencia a través de otros medios distintos (SSTS de [25 de mayo de 2010, rec. 2969/2009](#); [14 de junio de 2010, rec. 2975/2009](#); [15 de marzo de 2011, rec. 1514/2010](#); o [9 de junio de 2011, rec. 3592/2010](#)). A modo de síntesis, se puede resumir esta cuestión con base a los puntos extraídos de la última de las sentencias citadas:

1) [...] la acreditación de la convivencia en «pareja de hecho» [...] puede hacerse por cualquier medio de prueba admisible en derecho; 2) [...] el empadronamiento conjunto del causante y el beneficiario no es un elemento «constitutivo» de la convivencia [...] ni tampoco puede erigirse en el único medio probatorio de tal situación; 3) [...] el certificado de empadronamiento al que se refiere [...] el art. 174.3 [hoy art. 221.2] LGSS es un medio probatorio «privilegiado» pero no excluyente de la acreditación por otras vías; y 4) [...] el propio art. 174.3 [actual art. 221.2] LGSS ha descartado que el certificado de empadronamiento sea la única prueba admisible de la convivencia [*more uxorio*] [...], al aceptar que la «existencia de pareja de hecho» se acreditará «mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja».

Esta convivencia estable no inferior a 5 años era la que se exigía para todos los supuestos con anterioridad al 1 de enero de 2022. Se trataba de un requisito aplicable a todas las parejas de hecho. Ahora bien, a partir de la anterior fecha, este panorama sufrirá algún cambio de notorio interés porque la [Ley 21/2021](#) ha incidido de manera decisiva sobre esta cuestión. En este sentido, este lapso temporal queda reservado (exigido) para uniones de hecho sin hijos/as en común. A tales efectos, el nuevo [artículo 221.2 de la LGSS](#) establece: «salvo que existan hijos en común, en cuyo caso solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho de conformidad con lo previsto en el párrafo siguiente». Por lo tanto, de la lectura del nuevo precepto se deduce que, cuando existan hijos/as en común, no se exigirá ningún plazo de convivencia estable, aunque sí que será necesario que la pareja esté debidamente inscrita. Entonces, eso sí, deberán transcurrir 2 años entre este acto formal y el fallecimiento de la persona causante. En definitiva, de lo que se exige a las parejas de hecho con hijos/as en común es de cumplir con el requisito de la convivencia estable

(aunque deben estar 2 años inscritas como tal, como luego se verá con mayor detalle). La exigencia de hijos/as en común, necesaria para salvar el requisito de la convivencia, supone que ambas partes de la pareja deben ser las personas progenitoras. Pese a que la norma utilice el plural «hijos en común», es dable pensar que bastará con un único hijo/a. Lo que sí que entiendo que es necesario es que el hijo/a sea de las dos personas integrantes de la pareja. En consecuencia, no se aplicará esta salvedad, por ejemplo, a una pareja de hecho en la que una o ambas personas integrantes tengan algún hijo/a con otra persona, si entre ellas mismas no tienen a ningún hijo/a «en común» (en estos supuestos entiendo que se tendrá que acreditar una convivencia estable no inferior a 5 años).

Pese a que la ley no haya establecido nada al respecto, en los casos en los que la falta de convivencia en el momento del hecho causante venga provocada por razón de violencia de género, no se exigirá este requisito de la convivencia estable, y ello pese a que la pareja no tenga hijos/as en común. En efecto, cuando se dan todos los requisitos de acceso a la pensión de viudedad excepto el relativo a la convivencia, siempre que el cese de la misma estuviese motivado por la «violencia conyugal» ejercida por el causante contra la solicitante de la pensión, el TS ha aceptado recientemente el reconocimiento de la misma. De acuerdo con su doctrina:

[...] la convivencia no solo es imposible e indeseable, sino que ha de evitarse a toda costa, por lo que, si se exige y se impone como requisito, no se alcanzaría la finalidad primordial y principal de proteger a la víctima de la violencia de género. Y ha de recordarse que la convivencia se rompe, no exactamente por la libre voluntad de la mujer que forma parte de la unión de hecho, sino porque la violencia ejercida sobre esta última hace imposible la convivencia ([STS 908/2020, de 14 de octubre](#)).

Es cierto que el precepto que regula la pensión en las uniones de hecho no establecía en ese momento ningún párrafo en relación con las mujeres víctimas de violencia de género, algo que sí que ocurre en el [artículo 220 de la LGSS](#) referido a la pensión de los excónyuges. Pero ello no es óbice para que pudiera llevarse a cabo una interpretación analógica, acompañada de una lectura con perspectiva de género. En fin, la doctrina del TS es la siguiente:

[...] si cumple todos los demás requisitos, la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho.

La [Ley 21/2021](#) no ha eximido de manera expresa de la convivencia estable y notoria en los casos de violencia de género. Sí que ha introducido un precepto en el que se las exime de ser acreedoras de la pensión compensatoria en los casos de fallecimiento de la expareja de hecho (nuevo [art. 221.3 in fine](#)). Esta inclusión se refiere expresamente al requisito de la renta compensatoria. Hubiera sido interesante, desde mi punto de vista, que

se hubiera incorporado una salvedad expresa sobre el requisito de la convivencia estable para el caso de las víctimas de violencia de género, tal y como se ha hecho respecto de las parejas con hijos/as en común. En cualquier caso, entiendo que, con la regulación actual (que es la misma en este punto que la precedente), sigue siendo aplicable la doctrina del TS emitida sobre esta concreta cuestión.

Hace poco tiempo se dictó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de marzo de 2020 (rec. 3286/2019), que denegó la pensión en un supuesto en el que sí que había concurrido una convivencia estable, notoria e inmediatamente anterior a la ruptura de la pareja acreditada mediante el oportuno registro, concurriendo los restantes requisitos temporales de convivencia. Sin embargo, quedó acreditado que se produjo una ruptura de la unión estable con anterioridad a la fecha del hecho causante, sin constar reconciliación posterior. De este modo, con la normativa anterior a la [Ley 21/2021](#), no había mecanismo para reparar la ruptura de la pareja de hecho, que, salvo reconciliación posterior, ya no podía acceder a la pensión de viudedad. Dicho en otros términos, no se reconocía la pensión a las exparejas de hecho (algo que sí que sucede en el caso de los/las excónyuges, que tienen una regulación específica en el [art. 220 LGSS](#) y donde se les exige una serie de requisitos especiales). Este mismo esquema de los/las excónyuges se ha reproducido para el caso de las parejas de hecho. En este sentido, el nuevo [artículo 221.3 de la LGSS](#) permite que las exparejas de hecho, es decir, las que se hayan extinguido por voluntad de una o de ambas personas convivientes, puedan acceder a la pensión de viudedad si se dan los siguientes condicionantes: a) que no haya contraído matrimonio con otra persona; b) que no haya constituido una nueva pareja de hecho (debidamente inscrita); c) que sea acreedora de una pensión compensatoria.

Las dos primeras letras son bastante razonables, pues, si una de las personas contrae nupcias o constituye una nueva pareja de hecho, será esta última persona la eventual causante de la pensión de viudedad. Recordemos que nuestro ordenamiento no permite acceder a dos pensiones a la vez. Por lo tanto, no la recibirá de su expareja porque la podría obtener de su pareja actual. Repárese en que el precepto habla de nuevas parejas constituidas de acuerdo con el apartado segundo de este mismo artículo, es decir, las debidamente registradas. Así, por ejemplo, si una persona cesa su relación afectiva con una pareja de hecho debidamente constituida y posteriormente inicia una relación que no inscribe, sí que podrá tener derecho a la pensión de la expareja (pues no cabe perder de vista que tendrá vedado el acceso respecto de la segunda, por no cumplir con el requisito de la inscripción de esta).

Para poder beneficiarse de la pensión de viudedad por el fallecimiento de una expareja de hecho será necesario, del mismo modo que ocurre para el caso de los/las excónyuges, que la persona superviviente sea acreedora de una pensión compensatoria. De acuerdo con lo dispuesto por el nuevo [artículo 221.3 de la LGSS](#) (introducido por mor de la [Ley 21/2021](#)):

La pensión compensatoria deberá estar determinada judicialmente o mediante convenio o pacto regulador entre los miembros de la pareja otorgado en documento

público, siempre que para fijar el importe de la pensión se haya tenido en cuenta la concurrencia en el perceptor de las mismas circunstancias relacionadas en el artículo 97 del Código Civil.

Al contrario de lo que sucede con los matrimonios, para las parejas de hecho no se contempla una pensión compensatoria dentro del CC, ya que no les resulta de aplicación el régimen jurídico de la pensión por desequilibrio prevista en el [artículo 97 del CC](#), como así viene reiterando la Sala de lo Civil del TS desde su [Sentencia dictada por el Pleno el 12 de septiembre de 2005 \(rec. 980/2002\)](#) o la más reciente de [15 de enero de 2018, también de Pleno \(rec. 2305/2016\)](#). De acuerdo con la jurisprudencia del TS, no cabe una aplicación analógica entre el régimen de ruptura de la pareja de hecho y la del matrimonio. Por ello, en principio, no resultan de aplicación supletoria las reglas sobre la separación o divorcio, ni la presencia de una pensión compensatoria de acuerdo con lo previsto por el [artículo 97 del CC](#). No obstante, sí se ha admitido en determinados supuestos particulares el reconocimiento de una compensación económica por la vía de la prohibición de enriquecimiento injusto –en casos en los que la ruptura de la pareja empobrece a quien durante un prolongado periodo se dedica a la atención del hogar o bien cuando colabora con el negocio de la otra persona sin recibir compensación alguna: por todas, [STS de 17 de junio de 2003 \(rec. 3145/1997\)](#) o [STS \(Pleno\) de 15 de enero de 2018 \(rec. 2305/2016\)](#)–. Por su parte, la resolución judicial también podría producirse en supuestos en los que alguna legislación autonómica lo prevea como posibilidad en caso de no alcanzarse un acuerdo entre las partes o bien cuando la cuantía de la pensión previamente pactada resulte discutida una vez disuelta la pareja y se acuda a la justicia para resolver sus diferencias.

Otra opción contemplada por el propio [artículo 221.3 de la LGSS](#) es que la pensión compensatoria esté acordada mediante convenio o pacto regulador entre las personas integrantes de la pareja, que necesariamente tiene que estar otorgado en documento público. En este sentido, las partes pueden acordar una renta o pensión tras la ruptura de la pareja, algo legal y consustancial al principio de la autonomía privada de quienes componen la pareja, que pueden gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio ([STC, Pleno, 93/2013, de 23 de abril](#)). En definitiva, las personas que componen la pareja de hecho pueden, libremente, pactar una renta vitalicia ante una eventual ruptura de la misma (*vid.* [STS, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2015, rec. 2392/2013](#)). Para que esta renta pactada pueda servir para acceder a la pensión de viudedad será necesario que esté reconocida en documento público. De este modo, a los exclusivos efectos de Seguridad Social, la pensión compensatoria no puede reducirse a un simple acuerdo privado, en cuyo caso no podrá hacerse valer frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), que solo aceptará pactos otorgados en documento público.

Junto con ello, el [artículo 221.3 de la LGSS](#) exige que a la hora de la determinación del importe de la pensión compensatoria se haya tenido en cuenta la concurrencia de las mismas circunstancias relacionadas en el [artículo 97 del CC](#) (es decir, que cabrá atender a los acuerdos adoptados, la edad, el estado de salud, los aspectos profesionales, la dedicación

a la familia, la colaboración mercantil con la otra persona de la pareja, la pérdida de derecho a pensión, el caudal y medios económicos o cualquier otra causa relevante). Desde mi punto de vista, con este aserto se persigue un cierto control sobre la renta pactada, con la finalidad de que la misma no sea desmesurada (en cuyo caso, el INSS terminaría abonando una pensión más elevada).

En definitiva, la inclusión de la exigencia de una pensión compensatoria en el caso de las exparejas de hecho no es una cuestión sencilla de interpretar ni está exenta de problemas aplicativos prácticos: a) en primer lugar, porque, como se ha visto con anterioridad, la Sala de lo Civil del TS ha rechazado que a falta de pacto entre las partes no cabe aplicar por analogía lo dispuesto por el [artículo 97 del CC](#); b) en segundo lugar, porque la doctrina sobre el enriquecimiento injusto no sigue las reglas ni criterios del [artículo 97 del CC](#), se reduce a unos supuestos muy concretos y, además, la renta atribuida judicialmente puede que no sea vitalicia o periódica; c) en tercer lugar, porque los pactos privados entre las partes tendrán que estar elevados a documento público y, además, la pensión se deberá fijar de acuerdo con lo previsto en el [artículo 97 del CC](#) (de este modo, el INSS podría entrar a discutir que la renta pactada no sigue los postulados del [art. 97 CC](#) y denegar por ello la pensión de viudedad, cuyo control lo realizarán con posterioridad los órganos de la jurisdicción social).

Así, de acuerdo con lo desarrollado hasta el momento, considero que la rigidez del precepto y su equiparación inexacta a la situación jurídica de los/las excónyuges pueden suponer que el reconocimiento de la pensión de viudedad a las exparejas de hecho sea bastante complejo en la práctica.

Para poder superar estas rigideces es bastante probable que los órganos de la jurisdicción social lleven a cabo una interpretación flexible, aceptando la validez de cualquier tipo de renta de carácter vitalicio o periódica que venga percibiendo la expareja de hecho superviviente siempre que la misma se extinga con el fallecimiento de la persona causante y, eso sí, que su fijación venga amparada por una resolución judicial o esté otorgada en documento público. En este sentido, desde mi punto de vista, entiendo que es probable que se ponga el acento en la fuente de la que provenga esa renta (en ningún caso un documento privado), siendo dable pensar que el concepto de pensión compensatoria no se exija de una forma estricta, interpretando este tipo de rentas de una forma más o menos flexible –como ocurre con la pensión compensatoria de excónyuges prevista en el [art. 220 LGSS](#): por todas, SSTS de [30 de enero de 2014 \(rec. 991/2012\)](#) o de [23 de febrero de 2016 \(rec. 2311/2014\)](#)–.

En todo caso, de acuerdo con el tenor de la ley, y del mismo modo que sucede para el caso de los/las excónyuges, cuando la cuantía de la pensión de viudedad «fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última». Por lo tanto, en todo caso habrá que escoger la renta de menor cuantía. De este modo, cuando la pensión compensatoria es muy elevada, se reconocerá la viudedad calculada según sus límites y porcentajes legales, es decir, la cuantía inferior; mientras que, si la viudedad es mayor, quedará reducida al importe de la pensión compensatoria, nuevamente, la renta inferior.

Ha olvidado el legislador a la hora de introducir esta novedad qué pensión le corresponde a la pareja de hecho ante una eventual concurrencia de personas beneficiarias. En la práctica, esto es perfectamente posible. Imaginemos una pareja de hecho que se separa pactando una pensión compensatoria. La pareja que está recibiendo la compensatoria no contrae matrimonio ni formaliza ninguna otra pareja de hecho. Por su parte, la persona que abona la compensatoria constituye una nueva pareja de hecho (o contrae matrimonio posterior) y fallece. Pongamos por caso que el/la cónyuge supérstite o la pareja de hecho actual reúnen todos los requisitos para acceder a la pensión de viudedad. Pues bien, tendríamos dos personas beneficiarias para una misma pensión. Aquí pueden abrirse dos interpretaciones distintas:

- La primera, que la elipsis del legislador lleve a repartir la pensión siguiendo el principio *pro rata temporis*, es decir, en función del tiempo convivido. Repárese, además, en que el legislador puede regular de forma distinta el acceso a la pensión de viudedad por parte de las parejas de hecho, respecto de los/las cónyuges.
- La segunda pasaría por emplear la analogía y, con ello, aplicar la regla prevista para los/las excónyuges en el [artículo 220 de la LGSS](#).

Desde mi punto de vista, entiendo que cabría llevar a cabo una interpretación analógica. Primero, porque el TS ya ha utilizado esta regla recientemente para el caso de la convivencia estable de las parejas de hecho cuando ha existido violencia de género; segundo, porque el objetivo del legislador con la reforma producida por la [Ley 21/2021](#) ha tratado de equiparar la situación de las parejas de hecho a los/las cónyuges en lo que se refiere al acceso a la pensión de viudedad. Esto me lleva a pensar que cabe la aplicación analógica de acuerdo con el [artículo 4.1 del CC](#), puesto que el [artículo 221 de la LGSS](#) no contempla un supuesto específico, pero sí que se regula otro semejante en el [artículo 220 de la LGSS](#), existiendo entre ambos identidad de razón. De acuerdo con esta interpretación, la pensión le corresponderá a cada una de las personas beneficiarias en función del tiempo convivido, reservándose el 40 % de la misma, como mínimo, a la última persona que estuvo unida sentimentalmente con la persona causante.

Siguiendo con la pensión compensatoria, y para finalizar con este epígrafe, cabe señalar que el último párrafo del [artículo 221 de la LGSS](#), incorporado por la reforma de la [Ley 21/2021](#), reza lo siguiente:

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

Se trata, en suma, de una traslación mimética del contenido del último párrafo del [artículo 220.1 de la LGSS](#), con la finalidad de equiparar esta salvedad para el caso de las parejas de hecho. En resumidas cuentas, si la pensión compensatoria no se ha pactado por mediar una situación de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho, no deberá exigirse este requisito. Dicho en otros términos, que la mujer cuya expareja de hecho haya fallecido podrá acceder a la pensión de viudedad sin necesidad de resultar acreedora de la pensión compensatoria cuando se produzca el fallecimiento del causante.

3. El requisito formal: la inscripción de la pareja de hecho

Siguiendo con los requisitos especiales previstos en el [artículo 221 de la LGSS](#), cabe apuntar que no basta con una convivencia *more uxorio* durante un lapso temporal más o menos dilatado, sino que, además, la relación afectiva debe estar necesariamente formalizada, del mismo modo que también ocurre con el matrimonio civil o religioso. En este punto estamos ante un requisito *ad solemnitatem*, es decir, que es necesario que la pareja de hecho se haya constituido como tal frente a terceros. La reforma llevada a cabo por la [Ley 21/2021](#) no ha alterado este requisito, manteniendo la redacción del precepto tal y como estaba previamente.

Existe en este punto una abundante y sólida postura jurisprudencial que abona la tesis consistente en que la inscripción como pareja de hecho es un requisito constitutivo y *sine qua non* para poder acceder a la pensión de viudedad: SSTs de [20 de julio de 2010 \(rec. 3715/2009\)](#), [3 de mayo de 2011 \(rec. 2897/2010\)](#), [15 de junio de 2011 \(rec. 3447/2010\)](#), [18 de diciembre de 2015 \(rec. 2944/2014\)](#) o [7 de diciembre de 2016 \(rec. 3765/2014\)](#). En todos estos pronunciamientos se sostiene que la publicidad de la situación de convivencia a través de la necesaria inscripción en el registro correspondiente o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público es un requisito obligatorio para poder acceder a la pensión. Asimismo, se indica que en este punto no existe una exigencia probatoria duplicada, por lo que con el empadronamiento y demás medios para acreditar la convivencia no se colma el requisito formal.

En este sentido, la pensión de viudedad se ha configurado para beneficio exclusivo de las parejas de hecho debidamente registradas. No es suficiente, pues, que aparezca una mención a la pareja de hecho en el acta de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada laboral, constituida ante notario el 26 de julio de 2012, donde las personas comparecientes fueron identificadas como pareja de hecho, siendo registrada en el Registro Mercantil la escritura pública en la que se realizó dicha constitución, pues tal declaración no equivale a la constitución formal de pareja de hecho ([STS de 9 de febrero de 2015, rec. 1352/2014](#)). En resumidas cuentas, la pensión se reconoce en favor de las parejas de hecho «registradas», «formales» o de «derecho» y no así las genuinas «parejas de hecho» (*vid.* [STS de 9 de febrero de 2015, rec. 2220/2014](#)).

Un asunto sobre el requisito de la inscripción ha llegado recientemente a manos del TC, que resolvió a través de su [STC 1/2021, de 25 de enero](#), lo siguiente:

[...] ninguna vulneración del art. 14 CE se deriva de que haya en la norma una asociación entre el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social y la concurrencia de un vínculo matrimonial reconocido por el ordenamiento jurídico, no siéndolo el matrimonio gitano.

En este sentido, de acuerdo con el TC:

[...] no resulta contraria al art. 14 CE la interpretación realizada en el proceso, de suerte que la pretensión de la demandante de que su unión no formalizada reciba el mismo trato que el otorgado a la relación de convivencia no matrimonial debidamente constituida no puede prosperar, no siendo contraria la diferencia de trato a la prohibición de discriminación.

Ello no es óbice para que el legislador pueda, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que se establezcan las condiciones materiales y formales de las uniones celebradas conforme a sus ritos y usos, de suerte que estos puedan contar con plenos efectos civiles. Pero lo cierto es que, con la regulación vigente, no existe matrimonio civil, por lo que el acceso a la pensión no encuentra acomodo en el [artículo 219 de la LGSS](#). Las partes sí que podrían acceder por la vía de las uniones de hecho ([art. 221 LGSS](#)), si bien cumpliendo con los requisitos especiales de las mismas, entre ellos, la necesaria inscripción. El TC se aparta, asimismo, de la [Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto Muñoz Díaz c. España \(demanda núm. 49151/07\)](#), centrándose en que en el caso resuelto por el TC la persona que reclama en amparo era plenamente conocedora de la falta de validez de su matrimonio, extremo que no sucedió en la sentencia resuelta por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En cualquier caso, el asunto conocido por la mencionada [STC 1/2021](#) ha sido recurrido ante la justicia europea, sin que a la fecha de cierre del presente trabajo se haya dictado resolución judicial.

En idéntico sentido se han pronunciado las SSTS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de [28 de mayo de 2020 \(rec. 6304/2017\)](#) y de [24 de marzo de 2022 \(rec. 3981/2020\)](#). En ambas sentencias se afirma que la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos de reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en 2 años al fallecimiento del causante. Sin embargo, la obligatoriedad de la inscripción formal de la pareja de hecho fue puesta en tela de juicio por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo en su [STS de 7 de abril de 2021 \(rec. 2479/2019\)](#). El supuesto de hecho concreto fue el de una mujer, viuda de un guardia civil, con el que mantuvo una relación durante más de 30 años y que tuvieron tres hijos en común. La Sala Tercera no

desconocía la jurisprudencia de la Sala Cuarta, pero en este asunto se apartó de la misma dadas las circunstancias particulares del caso, admitiendo el reconocimiento de la pensión de viudedad pese a que no constara la inscripción registral específica, ni se hubiera presentado un documento público en el que se hubiera formalizado. En este sentido, la convivencia estable de la pareja durante más de 30 años, y que la Sección Séptima de la Audiencia Nacional consideró probada en juicio, fue suficiente para que se reconociera la pensión de viudedad. En este punto cabe tener en cuenta lo dispuesto por el [artículo 38 de la Ley de clases pasivas del Estado](#), que exige la inscripción de la pareja en un registro en el que conste la constitución de la misma. Así las cosas, la posterior [STS de 24 de marzo de 2022](#) reconoció la disparidad de criterio existente en la materia, admitiendo que la [STS de 7 de abril de 2021](#) se refirió a un supuesto límite y que su diferente solución se explica a la luz de las circunstancias concurrentes. Circunstancias que, por lo demás, no quedan muy alejadas del supuesto de hecho de la mencionada sentencia del año 2022, que consistió en una pareja que convivió ininterrumpidamente desde 1965 hasta 2019 y que tuvo cuatro hijos en común. En resumidas cuentas, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS, con algún que otro vaivén interpretativo, también resulta absolutamente necesario que la pareja de hecho esté debidamente inscrita.

Para finalizar con este apartado, según el criterio mantenido por parte del TS, del tenor literal del [artículo 38 del Decreto 3158/1966](#) se deduce la necesidad de que, para acrecer porcentualmente la prestación de orfandad, la misma debe ser «absoluta», es decir, con la inexistencia de alguna persona progenitora que pueda hacerse cargo del huérfano/a. Reza el señalado precepto lo siguiente:

Quando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 %.

Por lo tanto, esto no se dará cuando la pareja supérstite no haya obtenido la pensión de viudedad, en este caso particular, por no haber formalizado la relación de pareja de hecho –SSTS (2) de 29 de enero de 2014 (recs. [3119/2012](#) y [1122/2013](#))–.

4. El requisito cuantitativo: el desequilibrio económico ocasionado tras el fallecimiento

El [artículo 221.1 de la LGSS](#) establecía un requisito que no se les exige a los/las cónyuges. Concretamente, para las parejas de hecho se preveía, desde los inicios de esta regulación específica, una cierta dependencia económica con el sujeto causante.

De entrada, cabe destacar que no es contrario al [artículo 14 de la Constitución española \(CE\)](#) establecer para las parejas de hecho un requisito de dependencia económica que no

se exige en el caso de los matrimonios. Es, por ende, una cuestión de legalidad ordinaria, pudiendo el legislador optar por la inclusión de una serie de requisitos que denoten cierta dependencia económica.

En ese sentido, el aludido precepto condicionaba la pensión de viudedad a que los ingresos de la persona sobreviviente «durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 % de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo». Por lo tanto, en principio, la pareja de hecho superviviente debía depender, en cierta medida, de la persona fallecida. Esta cuestión se relajaba un tanto en el caso en el que existieran hijos/as comunes con derecho a pensión de orfandad, puesto que el porcentaje se situaba en el 25 %. Esta situación se explicaba por la necesidad de asumir mayores gastos de la unidad familiar cuando todavía existían hijos/as a cargo. Esta forma de medir la dependencia económica no revelaba una situación de necesidad económica real, sino que se comparaban las rentas de ambas personas, pudiendo estas tener un patrimonio elevado, sin que este dato frustrase el reconocimiento de la pensión de viudedad.

Por su parte, para dos personas que tuvieran un menor poder adquisitivo era posible que el/la superviviente no terminara por disfrutar de la pensión por el mero hecho de tener un patrimonio superior al de la persona fallecida. Por ello, seguramente, para evitar que personas en situación de necesidad no pudieran acceder a la pensión, se establecía una cláusula de cierre en la que, en todo caso, se expresaba que también se devengaba la pensión:

[...] cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el periodo de su percepción.

Esta renta se flexibilizaba en 0,5 puntos porcentuales por cada hijo/a común con derecho a pensión de orfandad.

En este segundo método de cálculo, el punto de mira no se centraba en la pareja en sí, sino exclusivamente en la persona superviviente, cuyas rentas no debían superar 1,5 veces el salario mínimo interprofesional (SMI) vigente. Por lo tanto, aquí no había un supuesto desequilibrio entre la pareja en sentido estricto, sino más bien la carencia de rentas respecto de un patrón objetivo de medida. Además, al contrario de lo que sucedía con el requisito genérico, esta escasez de rentas a efectos de percibir la pensión de viudedad debía acontecer tanto en el momento del hecho causante como durante el disfrute de la misma. Se trataba de un supuesto que, dado que atendía exclusivamente a los ingresos de la persona superviviente, se asemejaba a una prestación de carácter más asistencial.

Respecto del cómputo de las rentas, era posible que se excluyeran de la interpretación las rentas exentas de impuesto, es decir, que no debían tenerse en cuenta, sin que esto no arrojará un resultado contrario al [artículo 14 de la CE \(Auto del TC 133/2019, de 29 de octubre\)](#). De este modo, la remisión abierta y genérica que hace la norma ([art. 59.1 LGSS](#)) a

«los términos establecidos en la legislación fiscal» y, en concreto, al «concepto» establecido para dichas rentas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas «deja al órgano judicial un margen suficiente para que, sin forzar el tenor de los preceptos analizados, pueda interpretarlos en el sentido más adecuado a las particularidades del caso».

Como se habrá podido apreciar, he utilizado en todo momento el tiempo verbal en pasado porque ya ha sido aprobada la reciente [Ley 21/2021](#), citada *supra*, que ha eliminado toda previsión económica de la pareja de hecho a la hora de acceder a la pensión de viudedad. Dicho de otro modo, en la nueva redacción del [artículo 221 de la LGSS](#) no hay rastro alguno del requisito del desequilibrio económico entre la pareja, ni sobre las rentas inferiores a un determinado porcentaje respecto del SMI vigente.

En resumidas cuentas, la desaparición de este requisito permite a la pareja de hecho superviviente acceder a la pensión de viudedad sin que la entidad gestora entre a valorar su nivel de rentas. En definitiva, en estos momentos existe una equiparación total respecto de la situación legal prevista para los matrimonios. De tal manera que, si se reúnen los restantes requisitos, se le reconocerá a la pareja de hecho superviviente la mencionada pensión de naturaleza pública sin importar si tiene mayor o menor poder adquisitivo (del mismo modo que sucede en el caso de los/las cónyuges).

5. La posibilidad de que las parejas de hecho que no pudieron acceder a la pensión en su momento sí que puedan hacerlo en la actualidad: una opción transitoria

En último término, cabe comentar que la [Ley 21/2021](#) ha introducido una [disposición adicional cuadragésima](#) en la LGSS denominada «pensión de viudedad de parejas de hecho en supuestos excepcionales», que consiste realmente en una normativa transitoria para parejas en las que uno/a de sus miembros hubiera fallecido con anterioridad al 1 de enero de 2022. Para el reconocimiento excepcional de la pensión se han de dar cuatro circunstancias:

- Que el fallecimiento de la persona causante no hubiera causado derecho a pensión de viudedad. Por ejemplo, que se hubiera denegado por no cumplir con el requisito del desequilibrio económico, o bien por no acreditar una convivencia estable teniendo hijos/as en común. Ahora bien, en todo caso, la persona causante sí que debía reunir los requisitos de alta y cotización.
- Que la persona beneficiaria pueda acreditar que cuando falleció la causante existía una pareja de hecho debidamente registrada.
- Que la persona beneficiaria no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

- Que la persona que desee esta prestación especial debe solicitarla dentro de los 12 meses siguientes a su entrada en vigor, es decir, dentro del año 2022, hasta la finalización del mismo. Los efectos económicos, en caso de resolverse a favor, se devengarán desde el día primero del mes siguiente a la solicitud.

En esencia, esta disposición permite que todas aquellas personas que no pudieron acceder a la pensión de viudedad por no cumplir con alguno de los requisitos que ahora se han modificado puedan solicitar la misma. Se les exige, eso sí, que tuvieran los requisitos genéricos previstos en el [artículo 219 de la LGSS](#), en especial, alta y cotización, y, además, que la pareja esté debidamente registrada (pues esto se sigue exigiendo). Pero también pienso que, por ejemplo, una pareja sin hijos/as en común que no hubiera convivido más de 5 años no podrá optar a esta pensión especial, porque ese requisito estaba antes del 1 de enero de 2022 y también está después. Más bien, considero que se da la opción a aquellas personas que no pudieron acceder a la pensión de viudedad con la regulación anterior, pero que a partir del año 2022 sí que hubieran podido resultar beneficiarias. Por ejemplo, que en su momento no pudieran acreditar más de 5 años de convivencia teniendo hijos/as en común, que no optaran a la misma por no reunir los antiguos requisitos económicos (dependencia económica), o porque fueran una expareja (siempre y cuando hubieran pactado una pensión compensatoria). Considero que no tendría demasiado sentido permitir una pensión extraordinaria en la que no se cumplan, ni siquiera, los requisitos actuales de la norma (ya que en ese supuesto las personas que enviudaron antes del año 2022 estarían en una mejor situación jurídica que las que lo hagan a partir de esa fecha, constituyendo un trato que entendería discriminatorio). Lo razonable es pensar que a las personas que enviudaron antes del año 2022 se las intenta poner en pie de igualdad respecto de las que lo hagan del 1 de enero de 2022 en adelante.

Sensatamente, esa solicitud no puede serlo *sine die*, por lo que la norma deja todo el año 2022 para que las personas que no pudieron ser beneficiarias de la pensión de viudedad puedan solicitarla de forma excepcional. Además, para que se le reconozca la pensión, la persona beneficiaria no debe tener reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. La utilización de la palabra «pensión» deja fuera cualquier prestación contributiva temporal (por ejemplo, incapacidad temporal o desempleo: que sí que podrían solicitar la de viudedad). Lo que la norma prohíbe en esta pensión especial es que se pueda simultanear la misma con la pensión de jubilación o por incapacidad permanente, ambas vitalicias. Por su parte, no habría problema en simultanearla con cualquier otra pensión cuyo carácter sea asistencial.

Por lo tanto, desde mi punto de vista, lo que se persigue con esta normativa especial es lo siguiente: que las personas que no tengan reconocida una pensión vitalicia de carácter contributivo y que no pudieron acceder a la de viudedad como consecuencia de los requisitos existentes en su momento puedan solicitarla durante el año 2022 con los requisitos previstos por la normativa actual.



En último término, cabe apuntar simplemente que negar esta pensión especial cuando se esté cobrando la jubilación o la incapacidad permanente puede dar lugar a situaciones en cierta medida llamativas. Por ejemplo, no la recibirá una persona que tenga una pensión de jubilación o de incapacidad permanente de escasa cuantía (*v. gr.*, en su mínimo legal), mientras que sí que se le reconocerá la pensión a otra persona que estuviera en activo y prestando servicios por cuenta ajena o por cuenta propia con un salario o unos beneficios muy elevados.