

La existencia de hijos comunes como criterio atributivo de derechos en materia de viudedad: un criterio cuestionable desde la óptica de la prohibición de discriminación

The existence of common children as rights attributive criteria relating to widowhood: a questionable criteria from the perspective of the prohibition of discrimination

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD JAUME I-CASTELLÓN

Resumen

En los últimos años, el legislador ha recurrido en varias ocasiones a la existencia de hijos comunes como criterio para la atribución de derechos en materia de viudedad. Uno de dichos supuestos fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, por entender que se trata de una exigencia que carece de justificación objetiva y razonable incurriendo en discriminación. El trabajo analiza, tras una previa exposición de la evolución normativa de la protección de viudedad en nuestro sistema de Seguridad Social, si el resto de supuestos en los que se atiende a dicho criterio incurren en el mismo vicio de inconstitucionalidad. El estudio centra su atención en la eventual aplicación de la doctrina de la discriminación “indirecta” en tanto esta exigencia, pese a su aparente neutralidad, despliega sus efectos negativos especialmente en relación a las parejas homo y transexuales.

Abstract

In recent years, the legislator has occasionally resorted to there being joint children as a criterion to attribute widowhood rights. The Constitutional Court declared one such assumed cases as being unconstitutional as it understood that such a demand lacked any objective and reasonable justification and committed discrimination. After firstly, presenting the normative progress made in protecting the widowhood state in our Social Security System, this work analyses if this same criterion is also unconstitutional in other assumed cases. It also focuses on the possible application of the “indirect” discrimination doctrine as this demand, despite its apparent neutrality, has negative effects, particularly in relation to homo- and transsexual partners.

Palabras clave

Pensión de viudedad; hijos comunes; parejas de hecho; ex cónyuges; matrimonio; parejas homosexuales; parejas transexuales; discriminación; discriminación indirecta

Keywords

Widowing pensions; joint children; common-law couples; ex-spouses; marriage; homosexual partners; transsexual partners; discrimination; indirect discrimination

1. INTRODUCCIÓN

La STC 81/2016 de 25 de abril de 2016 (BOE de 31-5-2016) ha vuelto a poner de actualidad un tema que ya había sido abordado con anterioridad por el Tribunal Constitucional: la constitucionalidad del requisito de tener hijos comunes para el acceso a la pensión de viudedad, en determinados casos. Concretamente, la STC 81/2016 resuelve la cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en relación con la letra c) de la D.A.15ª Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, norma que trasladó al régimen de Clases Pasivas la nueva regulación en materia de viudedad que, en relación al

sistema de Seguridad Social (Régimen General y Regímenes Especiales) vino a establecer la Ley 40/2007, de 4 de diciembre y que también fue objeto de cuestionamiento de constitucionalidad, que fue resuelto por la STC 41/2013, de 14 de febrero, que es la sentencia que inicia la serie de sentencias referidas a esta cuestión¹. Específicamente, la cuestión de inconstitucionalidad que ahora se resuelve se plantea en relación a la norma especial o de derecho transitorio que permite acceder a la pensión de viudedad al integrante de una pareja de hecho cuando el fallecimiento del otro miembro de la pareja tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la norma que permite el acceso a las parejas de hecho a dicha prestación de seguridad social, es decir, el 1-1-2008. Es, por tanto, una norma de derecho temporal, en tanto su finalidad fue permitir la aplicación retroactiva de los efectos de la nueva regulación a hechos causantes previos a su entrada en vigor.

No es este –ni su equivalente en la Ley General de Seguridad Social– el único supuesto en el que se exige el requisito de tener “hijos comunes” en el ámbito de la prestación económica de viudedad. En los últimos tiempos, el legislador ha acudido a este criterio en otras ocasiones: como requisito alternativo a la duración del matrimonio en el supuesto en el que se exige una duración mínima cuando el fallecimiento del causante deriva de enfermedad común no sobrevenida al matrimonio (art. 219.2 TRLGSS); como criterio para modular la medición de la dependencia económica en el supuesto de las parejas de hecho, tanto en el criterio relativo como en el absoluto (art. 221 TRLGSS); como requisito para el reconocimiento del propio derecho a la prestación (D.A.3ª Ley 40/2007; D.T.13ª.1 TRLGSS); y, finalmente, en el marco del reconocimiento de la pensión de viudedad a los ex cónyuges, también se recurre a la existencia de los hijos comunes en el supuesto excepcional en el que se permite el acceso a la misma incluso si no se es beneficiario de pensión compensatoria, cuando la separación o el divorcio tuvo lugar con anterioridad a 1-1-2008. Supuestos que también se contemplan en el ámbito del régimen de Clases Pasivas en la tendencia a la homogeneidad que caracteriza a las últimas reformas en materia de seguridad social².

Es importante significar que pese a que la cuestión afecta tanto a parejas homosexuales y transexuales como heterosexuales, la mayor parte de los pronunciamientos constitucionales van referidos a las primeras, lo que tiene su importancia porque convierte la

¹ STC 55/2013, de 11 de marzo, en resolución de recurso de amparo; STC 77/2013, de 8 de abril, en resolución de recurso de amparo; STC 124/2014, de 21 de julio, en resolución de recurso de amparo; STC 188/2014, de 17 de noviembre, en resolución de recurso de amparo;

² En general, las reformas en materia de seguridad social se han trasladado al ámbito de Clases Pasivas a través de las Leyes de Presupuestos en algunos casos porque así se introdujo también en el propio sistema y en otros casos, como vía de extensión: así, por ejemplo, la posibilidad de acceso a la pensión a las parejas de hecho y la regulación sobre ex cónyuges exigiéndoles que fueran beneficiarios de pensión compensatoria que vino a establecer en el sistema de Seguridad Social la Ley 40/2007, fue trasladada a Clases Pasivas por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008. Sin embargo, la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010 que volvió a modificar esta misma regulación en el Sistema de Seguridad Social, extendía también esta modificación a Clases Pasivas. Vid. También modificación operada por la Ley 17/2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2013. Sin embargo, no fue objeto de traslación al ámbito de Clases Pasivas el supuesto añadido a la D.T.18ª LGSS-1994 Que extiende el supuesto extraordinario de pensión de viudedad para ex cónyuges aunque no cumplan los requisitos (hijos comunes y mayores de 50 años) siempre que sean mayores de 65 años, no tengan derecho a otra pensión y la duración del matrimonio no haya sido inferior a 15 años). La D.T.12ª RD. Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Clases Pasivas se limita a recoger, introducida por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, el primer supuesto que exige hijos comunes, edad superior a 50 años y una duración al matrimonio de 10 años.

orientación y la identidad sexuales en factores de diferenciación relevantes, susceptibles de permitir encuadrar la cuestión en el ámbito de la doctrina de la discriminación “indirecta” que, aunque desarrollada en el marco de la discriminación entre hombres y mujeres, su aplicación no puede quedar restringida a dicho ámbito. Hay que anticipar ya que no es esta la óptica que adopta el Tribunal Constitucional. La mayor dificultad para la procreación biológica tanto en el caso de las parejas de mujeres³ –las técnicas de reproducción asistida en estos casos quedan fuera del catálogo común de prestaciones del SNS⁴ lo que las convierte en poco accesibles dado su coste–, como la imposibilidad biológica en los varones –salvo que acudan a la maternidad subrogada, expresamente prohibida en España–, así como el largo y complejo procedimiento para la adopción –por lo demás, posibilidad de la que antes estaban excluidas las parejas homosexuales–, convierte este criterio en muy cuestionable desde esta dimensión de una supuesta “neutralidad” que, sin embargo, perjudica de hecho a un número mucho mayor de personas, en este caso, los citados colectivos [STJUE de 22 de noviembre de 2013 (C-385/11) Caso Elbal Moreno], STC 61/2013, de 14 de marzo; y STC 71/2013 de 8 de abril]. Pese a ello, ambas sentencias del Tribunal Constitucional insisten en que la confrontación en el juicio de igualdad o discriminación no se centra en la mayor dificultad de las parejas homosexuales para cumplir dicho requisito, sino en la razonabilidad de dicho objetivo, en el tratamiento diferente otorgado en el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en las que el fallecimiento ocurrió antes de 1-1-2008, a las que se exige dicho requisito y las parejas de hecho que acceden a la citada pensión después de dicha fecha a las que no se les exige la existencia de hijos comunes aunque, como se ha señalado, su existencia cobra relieve para la valoración de la imprescindible dependencia económica del superviviente respecto del causante que se exige en estos casos.

Por lo demás, hay que anticipar también que no todos los supuestos legales que utilizan como criterio la existencia de hijos comunes –con o sin derecho a pensión de orfandad– han sido objeto de cuestionamiento constitucional: en concreto, las distintas sentencias constitucionales se han limitado al análisis de la constitucionalidad de la D.A.3ª Ley 40/2007 (y su equivalente en el régimen de Clases Pasivas, la D.A.15ª Ley 51/2007), resolviendo bien cuestiones de inconstitucionalidad bien recursos de amparo, sin alcanzar, por tanto, el resto de supuestos mencionados. En tanto la libertad de la que goza el legislador para la configuración

³ Hay que recordar que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, permite ahora cuando la mujer que se somete a la técnica de reproducción asistida estuviera casada con otra mujer, que se le atribuya *ab initio* la filiación del hijo/a de su esposa, siempre que no estuviera separada de hecho o legalmente.

⁴ La Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre regula en la actualidad el alcance de esta técnica en el marco del Catálogo Común de prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud. Los tratamientos de reproducción humana asistida (RHA) financiados se limitan a aquéllos que tienen fin terapéutico (es decir, ayudar a lograr la gestación en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural, no susceptibles a tratamientos exclusivamente farmacológicos, o tras el fracaso de los mismos), preventivo (prevenir la transmisión de enfermedades o trastornos de base genética graves, o la transmisión o generación de enfermedades de otro origen graves, de aparición precoz, no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, y que sean evitables mediante la aplicación de estas técnicas) o en determinadas circunstancias especiales (que son la selección embrionaria, con destino a tratamiento de terceros y la preservación de gametos o preembrión para uso autólogo diferido por indicación médica para preservar la fertilidad en situaciones asociadas a procesos patológicos especiales. Además, se exigen estrictos requisitos de edad de los pacientes y se contempla una limitación temporal (ciclos), además de otros requisitos. Quedan excluidos, pues, los tratamientos de RHA cuando no existen esos fines terapéuticos o preventivos, como en el caso de mujeres solteras o en parejas homosexuales que no presentan problemas terapéuticos.

del sistema legal de seguridad social al que se ha referido reiteradamente el propio Tribunal Constitucional⁵, está limitada por el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) tanto directa como indirecta, y además, los criterios de diferenciación deben ser objetivos y razonables en relación a su finalidad, dichas regulaciones resultan cuestionables, dada la finalidad de la prestación económica de viudedad.

No cabe duda que la Ley 40/2007 constituyó un hito importante en la regulación de la protección de la viudedad, pues permitió por vez primera el acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho, fuera del supuesto transitorio y excepcional que contempló la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Y aunque la regulación legal vigente exige, como es sabido, una dependencia económica que no se exige todavía en la actualidad a las uniones matrimoniales, dicha regulación no es constitucionalmente cuestionable en tanto el acceso al matrimonio está configurado en términos amplios, comprendiendo en la actualidad a todas las personas, con independencia del sexo de los contrayentes. En todo caso, no está de más recordar que el Tribunal Constitucional ya desestimó en el pasado, y reiteradamente, la pretendida inconstitucionalidad de la imposibilidad de acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho sobre la base, a su parecer, de la incuestionable diferencia de régimen jurídico entre ambas instituciones jurídicas⁶, argumento más que discutible cuando, en aquel entonces, algunas personas estaban privadas del derecho constitucional al matrimonio (art. 32 CE) en razón de su orientación o identidad sexual. Corregida esta diferenciación de trato con la modificación del Código Civil operada por la Ley 13/2005 de 1 de julio, efectivamente ya no parece discutible que pueda existir un diferente régimen jurídico para el acceso a la pensión de viudedad para las parejas de hecho, siempre que los criterios sobre los que se sustenta la diferenciación sean objetivos y coherentes con la finalidad de la institución jurídica, y esto es lo que, puede resultar cuestionable.

2. SOBRE LA FINALIDAD DE LA PROTECCIÓN DE VIUEDAD, DEL MATRIMONIO Y DE LAS PAREJAS DE HECHO: UN BREVE RECORRIDO NORMATIVO HISTÓRICO

Parece indubitado que, históricamente, la protección de la viudedad surgió para otorgar rentas a aquellas mujeres viudas que dependían económicamente de sus maridos. Esta dependencia no se exigía expresamente en estos términos, pero estaba implícita en el requisito de la incapacidad para el trabajo de la viuda o, en su caso, en la exigencia alternativa de que la viuda tuviera una determinada edad en el momento del hecho causante. Así se recogía en la primera norma que vino a establecer la protección por viudedad fuera del ámbito de la protección del accidente de trabajo⁷ y en la que la viuda aparece como

⁵ STC 65/1987, de 21 de mayo; STC 134/1987, de 21 de julio; STC 97/1990, de 24 de mayo; STC 197/2003, de 30 de octubre, entre otras.

⁶ Entre muchas, STC 184/1990, de 15 de noviembre; STC 29/1991; 30/1991; 31/1991; 35/1991; 38/1995, de 14 de febrero; y 77/1991, de 11 de abril.

⁷ La Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 contemplaba entre las prestaciones a abonar por fallecimiento del trabajador por accidente laboral una indemnización por supervivencia, cuya cuantía se establecía en función del número de supervivientes del trabajador fallecido: la indemnización era igual a la suma igual al salario medio diario de dos años cuando el causante dejaba viudas e hijos o nietos a su cuidado; de dieciocho meses de salario (...)

beneficiaria directa de la protección⁸: el Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955, por el que se eleva la prestación del Seguro de Vejez e Invalidez. Esta norma exigía a la viuda, bien una edad superior los 65 años en el momento del hecho causante, o bien la incapacidad para el trabajo, decretando la suspensión de la prestación cuando realizara trabajos remunerados por cuenta ajena o trabajos lucrativos por cuenta propia, cuando los beneficios de su explotación fueran, como mínimo, equivalentes al importe de la prestación (arts. Sexto y Séptimo). Se exigía, además de otros requisitos ahora irrelevantes, que el matrimonio hubiera tenido una duración mínima de 10 años en la fecha de fallecimiento del causante y que la viuda no tuviera derecho al Seguro de Vejez e Invalidez. El derecho a cursar la solicitud de la prestación al cumplir los 65 años se mantenía si en el momento del fallecimiento del causante la viuda no había cumplido todavía los sesenta y cinco años de edad, pero sí acreditaba más de cincuenta.

Fue la Ley de Bases de Seguridad Social –y su texto articulado, la Ley de Seguridad Social de 1996– las que alteraron las condiciones para acceder a la pensión vitalicia de viudedad y, en este sentido, aparece el hecho de tener hijos comunes con el causante con derecho a pensión de orfandad como una forma “alternativa” al cumplimiento del requisito anterior de la incapacidad para el trabajo o la edad que, además, se redujo a los cuarenta años (base 41; art. 160.1 LSS-1966). Así pues, el hecho de tener hijos comunes no era tanto un nuevo requisito que tuviera finalidad excluyente o restrictiva sino todo lo contrario: constituyó una vía para ampliar las eventuales beneficiarias de la pensión vitalicia de viudedad, en tanto el hecho de no estar en alguna de dichas situaciones únicamente permitía a la viuda el acceso a un subsidio temporal de viudedad. Por lo que respectaba al varón, se le reconocía el derecho a la

cuando sólo quedaban hijos o nietos; de un año de salario cuando sólo quedase viuda sin hijos ni otros descendientes, y de 10 meses de salario cuando sólo dejase padres o abuelos que se reducía a siete meses cuando sólo fuese uno de ellos. No se contemplaba la posibilidad de que el varón fuera beneficiario de una sujeto causante mujer, posibilidad que se abrió con la Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922, desarrollada por su Reglamento provisional de 29 de diciembre de 1922, siempre que su subsistencia dependiera de la sujeto causante.

Vid. más extensamente, AAVV (Dir. Vicente Palacio, A.), “La pensión de viudedad: marco jurídico para una nueva realidad social. Como reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante”, Proyecto Fipros. Se puede descargar en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100619.pdf>

⁸ Efectivamente, en el ámbito del Retiro Obrero (1919) y su sucesor, el Seguro de Vejez (1939) se contemplaba el acceso indirecto a la protección de la viudedad al reconocer a la viuda el derecho a percibir las prestaciones devengadas y no percibidas por el beneficiario de dichos seguros. Igualmente se establecía en el ámbito del posterior Seguro Obrero de Vejez e Invalidez (1947).

Además, en el ámbito del Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares (1938) se estableció también la posibilidad de protección de la viuda en caso de fallecimiento del esposo asegurado en el ámbito de este subsidio cuando carecieran de medios de subsistencia y la pensión de viudedad que eventualmente percibieran fuera inferior a 4000 pta. En la rama complementaria de las Mutualidades Laborales también se establecieron prestaciones de viudedad en la que aparece el hecho de haber tenido hijos con el causante como una forma de convalidar el requisito exigido de que el matrimonio se hubiera contraído antes de los 60 años y con una antelación de dos años al fallecimiento del causante. También se contempla como eventual beneficiario al varón si bien en tal caso con carácter excepcional al exigírsele la incapacidad permanente y absoluta para toda clase de trabajo, que no tuviera derecho cualquier otra pensión, carecer de medios de subsistencia y que no quedasen familiares con obligación y posibilidades de prestarle alimentos.

Vid. más extensamente, AAVV (Dir. Vicente Palacio, A.), “La pensión de viudedad: marco jurídico para una nueva realidad social. Como reformular la pensión de viudedad de forma que mejor cumpla el carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante”, Proyecto Fipros. Se puede descargar en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100619.pdf>

pensión de viudedad cuando al tiempo de fallecer la esposa se hallara incapacitado para el trabajo y sostenido por ella, sin reconocérsele la forma “alternativa” de tener una edad determinada o el hecho de tener hijos comunes con la causante. Pese a esta voluntad de mejora, resulta difícil no ver en este reconocimiento de la “maternidad” a favor de la mujer un premio o compensación por dicha maternidad, perpetuando un rancio valor de la maternidad como rol vital de la mujer y por supuesto, del matrimonio.

A la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social se debe la supresión de los requisitos de la edad o incapacidad o tener a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad, supresión que se justificaba en la voluntad de perfeccionar el régimen de pensiones, dejando sin efecto las limitaciones legales hasta entonces existentes en relación a las viudas de trabajadores en activo o de pensionistas. Se eliminaban todas las limitaciones legales previas: las originarias (edad o incapacidad) y su vía alternativa (la existencia de hijos comunes). La supresión de estos requisitos supuso también la desaparición de la prestación temporal de viudedad puesto que era el incumplimiento de esas condiciones redactadas en términos alternativos lo que determinaba el acceso a la protección reducida de la prestación temporal de viudedad. La falta de expresa exigencia legal de una dependencia económica de la viuda respecto del causante, no obstaba su efectiva concurrencia en la mayor parte de las ocasiones, en tanto sociológicamente el modelo familiar predominante era el preconizado e impulsado en el marco de la ideología nacional-católica del régimen franquista, en un contexto regulador del matrimonio en el que la forma católica matrimonial era obligatoria, salvo muy limitadas excepciones; matrimonio religioso cuya finalidad primera era la generación y educación de la prole, según los mandatos del entonces vigente Derecho canónico⁹. Se trataba, pues, de una presunción *iuris et de iure* de dependencia económica de la viuda, inaplicable al varón, a quien sí se exigía la efectiva dependencia económica respecto de su esposa.

Y esta regulación es la que se mantuvo en el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social: la exigencia de matrimonio, la necesidad de convivencia con el causante en el momento del fallecimiento (o en su caso, su “inocencia” en caso de separación judicial), el cumplimiento del periodo de carencia en los casos de fallecimiento por enfermedad común, y para los varones, su incapacidad y la dependencia económica respecto de la causante. Como es sabido, las SSTC 103/1983, de 22 de noviembre y 104/1983, de 23 de noviembre, declararon la inconstitucionalidad sobrevenida por discriminatoria de los requisitos adicionales de incapacidad y dependencia económica exigidos al varón viudo, lo que dio lugar a la reforma del art. 160 LGSS-1974 por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre. La dependencia económica quedó así definitivamente excluida como situación protegida en la pensión de viudedad también en relación al varón, de forma que la progresiva y finalmente masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y la evolución de la sociedad española hicieron el resto: la

⁹ Según el Codex iuris canonici (1917) vigente hasta 1983, los fines del matrimonio eran: Can. 1013. § 1. *Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarius mutuum; adiutorium et remedium concupiscentiae.*

El Código de Derecho Canónico de 1983 modificó los fines del matrimonio pero todavía figura entre tales la generación y educación de la prole (Canon 1055; § 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados).

protección de la dependencia económica dejó de ser la finalidad de la prestación de viudedad, que pasó a ser la compensación por la pérdida de las rentas dejadas de percibir a consecuencia del fallecimiento del causante, exigiéndose exclusivamente el matrimonio¹⁰. Así se recogió también en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994, que fue objeto de numerosas modificaciones en el marco del consenso parlamentario y social, modificaciones de muy diferente alcance pero, en general, ampliatorias de la protección dispensada, en cumplimiento de la recomendación XII del Pacto de Toledo de 1995, que reconocía la necesidad de mejorar las pensiones de viudedad en el caso de menores ingresos, y del Acuerdo Social de 9 de abril de 2001, para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, que también reconocía la necesidad de mejorar la protección por muerte y supervivencia, especialmente las pensiones de menor cuantía. En este contexto reformador, cabe señalar a los efectos que interesa, que la reforma que, con apoyo en el Acuerdo de Reforma de Pensiones de 9 de abril de 2001, llevó a cabo el RD 1465/2001, de 27 de diciembre, entre otras medidas, estableció la posibilidad de aplicar un porcentaje superior al general para el cálculo de la cuantía de la pensión en aquellos casos que el pensionista tuviera cargas familiares, definiendo éstas como la convivencia del beneficiario con hijos menores de 26 años o mayores incapacitados o menores acogidos, cuando los rendimientos en conjunto de la unidad familiar, dividido por el número de miembros, no superase en cómputo anual el 75% del salario mínimo interprofesional.

Fue la Ley 30/2005 de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2006 la que anunció la futura reforma de la pensión de viudedad, “*en un contexto de reformulación global dirigida a la recuperación de su carácter de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante*”, abriendo también la puerta al reconocimiento de este derecho a las parejas de hecho cuando existiera dependencia económica y/o existieran hijos menores comunes en el momento del fallecimiento del causante. Apareció así, por primera vez en el actual sistema de Seguridad social, la referencia a la existencia de hijos comunes como criterio para la atribución de derechos en materia de viudedad, en este caso como alternativa a la dependencia económica del supérstite de una pareja de hecho respecto del causante, en una equiparación altamente cuestionable, como luego veremos, y más si tenemos en cuenta que nuestro ordenamiento ya reconocía la posibilidad de parejas de hecho con independencia del sexo de sus integrantes y que, además, unos meses antes se había aprobado la reforma del Código Civil, permitiendo el matrimonio también con independencia del sexo de los contrayentes (Ley 13/2005, de 1 de julio). La Ley 30/2005 invocaba la concertación social como marco en el que se llevaría a cabo la mencionada reforma, consenso social que llegó con la firma del Acuerdo de Reforma de Pensiones de 13 de julio de 2006 que, en términos similares, volvía a acudir al criterio de la existencia de hijos comunes para la atribución de derechos en materia de viudedad en los supuestos que finalmente serían sancionados legislativamente por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, si bien durante la tramitación parlamentaria se introdujeron algunas modificaciones de menor calado en el texto del Proyecto del Ley inicial.

¹⁰ La Resolución de 23 de junio de 1989 de la Secretaría General de la Seguridad Social reconoció el derecho a la pensión de viudedad sin exigir en ningún caso el cumplimiento del requisito de la convivencia al que se refería el art. 160 LGSS-1974.

En esencia, la existencia de hijos comunes –en algunos casos, exigiendo que tengan derecho a pensión de orfandad y en otros casos, sin exigir este requisito–, cobraba virtualidad en la reforma operada por la Ley 40/2007 a los siguientes efectos: a) en el supuesto de que el fallecimiento del causante tuviera lugar por enfermedad común no sobrevenida tras el matrimonio, como requisito alternativo a que el matrimonio se hubiera celebrado con una antelación mínima de 1 año. En este caso no se exigía que los hijos comunes tuvieran derecho a pensión de orfandad y además, no se exigía el requisito de la convivencia –ni, por tanto, el alternativo de hijos comunes–, cuando se acreditara una convivencia previa al matrimonio que, sumada al matrimonio, excediera de dos años; b) A efectos de la medición de la dependencia económica exigida para que las parejas de hecho tengan derecho a la pensión de viudedad, los hijos comunes con derecho a pensión de orfandad suponen en el criterio “relativo” consagrado en primer lugar –con independencia del número de hijos– un incremento del porcentaje de los ingresos del superviviente en el total de ingresos de la pareja, que pasa del 25% al 50%. A estos mismos efectos, en el criterio “absoluto” (alternativo) de medición de la dependencia económica cada hijo común con derecho a pensión de orfandad que conviva con el supérstite (en este caso, sí se atiende al número de hijos) supone un incremento del 0,5 de la cuantía del SMI vigente en cada momento; c) La existencia de hijos comunes –nuevamente sin exigir que tengan derecho a pensión de orfandad– se configura como uno de los requisitos que permiten el acceso con carácter excepcional de las parejas de hecho a la pensión de viudedad para aquellas parejas que no pudieron acceder a la nueva regulación por haberse producido el fallecimiento del causante con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva regulación, que es el supuesto sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en las sentencias referenciadas.

A estos supuestos hay que añadir el creado por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010. Como es sabido, la Ley 40/2007 también modificó el acceso a la pensión de viudedad de los ex cónyuges, condicionándolo a que fueran perceptores de una pensión compensatoria y que esta se extinguiera con el fallecimiento del causante. Esta reforma generó una importante litigiosidad judicial así como diversas iniciativas parlamentarias; estas últimas culminaron con la adición a la LGSS-1994 de una nueva Disposición Adicional 18ª por la que se abría el acceso a la pensión de viudedad de los ex cónyuges aunque no fueran beneficiarios de pensión compensatoria en aquellos supuestos en los que la separación o divorcio hubiera tenido lugar antes de 1-1-2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007 y, por tanto, del nuevo condicionante de dependencia económica que supuestamente se materializa con esa nueva exigencia de ser perceptores de pensión compensatoria). Además de otros requisitos (edad superior a 50 años y que no hubieran transcurrido más de 10 años entre la fecha del divorcio y la fecha de fallecimiento del causante y una duración mínima del matrimonio de 10 años), se exigía también la existencia de hijos comunes. Posteriormente, la Ley 27/2011, de 1 de agosto añadió un nuevo epígrafe 2 a la citada D.A.18ª, eximiendo de ese requisito de existencia de hijos comunes pero, en contrapartida, incrementando la edad de los beneficiarios (65 años) y la duración del matrimonio (15 años).

Estos mismos supuestos son los vigentes en el actual TRLGSS con la salvedad de los declarados inconstitucionales por las 41/2013, de 14 de febrero y la STC 81/2016 de 25 de abril, referidas respectivamente a la regulación aplicable en el sistema de Seguridad Social (D.A.3ª Ley 40/2007/ y al Régimen de Clases Pasivas (D.A.15ª Ley 51/2007, de 26 de diciembre). La cuestión que vamos a abordar es si dicho requisito, en los supuestos vigentes,

puede entenderse que incurre en causa de discriminación atendiendo a la función que cumple la pensión de viudedad en nuestro sistema de seguridad social en cada uno de dichos supuestos y el papel que desempeña este criterio en dicho contexto. Es preciso tener presente que, de la parca regulación de los efectos del matrimonio en el Código Civil, se deduce que la finalidad de tal institución es la ayuda mutua, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo (arts. 67 y 68 Código Civil), lógicamente, en caso de que existan. Como no podía ser de otra manera, el Código Civil no contempla la generación de prole o descendencia entre las finalidades de la institución matrimonial, como así ocurre en el Derecho canónico, ni tampoco se contempla así en la definición de pareja de hecho que la Seguridad Social realiza de esta institución jurídica a los efectos de la generación de derechos en materia de viudedad (art. 221.2 TRLGSS)¹¹ –definición necesaria dada la ausencia de una definición común a nivel estatal–, que se limita a exigir que la pareja de hecho tenga “relación de afectividad análoga a la conyugal”. Y es importante señalar también que esta misma definición exige estrictos requisitos de notoriedad, publicidad, y duración o permanencia de la pareja, lo que no deja de tener su relevancia si tenemos en cuenta que el argumento que se utiliza en reiteradas ocasiones para justificar el requisito de la existencia de hijos comunes es la necesidad de evitar actuaciones fraudulentas.

3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LAS NORMAS CUESTIONADAS Y SU EVENTUAL APLICACIÓN A LOS RESTANTES SUPUESTOS DE EXIGENCIA DE HIJOS COMUNES

3.1. La doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la regulación de la D.A.^{3ª} Ley 40/2007 y la D.A.15ª Ley 51/2007

Como ya se ha anticipado, el Tribunal Constitucional sitúa el juicio de constitucionalidad no en la diferencia de trato entre parejas homo o transexuales y heterosexuales, como así hace el juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad en la STC 41/2013¹², y por tanto, en las prohibiciones de discriminación enunciadas en el art. 14 –sin que a ello sea óbice que no figura expresamente citada la orientación sexual en tanto es reconducible a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social–, sino desde la

¹¹ Art. 221. 2 TRLGSS: A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

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.

¹² Los términos en los que presenta la cuestión de inconstitucionalidad la Audiencia Nacional en relación a la D.A.15ª Ley 51/2007 son diferentes. Considera la Audiencia Nacional que la regulación incurre en la inconstitucionalidad que ya reconoció la STC 41/2013 pero interesa la declaración de inconstitucionalidad ante la imposibilidad de aplicarla por analogía al existir un precepto legal vigente. De hecho, en este aunque el Abogado del Estado solicita al igual que en el anterior la desestimación de la cuestión, la Fiscal, a diferencia del procedimiento anterior, sí interesa la estimación de la cuestión presentada, al identidad de fundamento y regulación en ambas disposiciones legales.

perspectiva de la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, desactivando así la orientación e identidad sexuales como criterio diferenciador en tanto que, efectivamente, el requisito cuestionado se exige tanto a las parejas homosexuales como heterosexuales. Aun siendo esto así, y como luego se señalará, la forma en la que el Tribunal Constitucional centra el estudio y resolución de la cuestión de inconstitucionalidad no es irrelevante pues la doctrina de la discriminación indirecta puede jugar un papel importante en la valoración de la constitucionalidad de este requisito en el resto de supuestos en los que se exige, pues si bien se trata de una doctrina inicialmente referida a la igualdad entre hombres y mujeres, nada obsta para que pueda aplicarse también a otros supuestos con los que exista una identidad de razón.

Desde esta perspectiva más general, la estimación por el Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad se basa en la inexistencia de una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada, que permita justificar la diferencia de trato entre el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho a partir de la entrada en vigor de las respectivas normas (Régimen General, la Ley 40/2007; y Clases Pasivas, la Ley 51/2007) y el acceso excepcional para los hechos causante acaecidos antes del 1-1-2008. Se limita, pues, el Tribunal Constitucional, a acudir a su tradicional doctrina según la cual, *“(...) el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello (...) de tal suerte que para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En suma, el principio de igualdad en la ley no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (...)”*¹³.

El Tribunal Constitucional pasa así al análisis de las razones que pueden justificar esta exigencia adicional para el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho para hechos causantes anteriores a 1-1-2008. La Fiscalía, la Abogacía del Estado y el Letrado de la Seguridad Social, que coinciden en solicitar la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad (en el supuesto resuelto por la STC 41/2013, pero no así en el supuesto resuelto por la STC 81/2016, en la que la Fiscalía sí interesa la estimación de la cuestión), consideran que la existencia de hijos comunes sirve como criterio de la existencia efectiva de la relación de convivencia que se pretende proteger, sirviendo también para conjurar el riesgo de reclamaciones fraudulentas fundadas en hechos pretéritos de dudosa prueba, argumento que es rechazado por el Tribunal Constitucional *“(...) pues ni la circunstancia de haber tenido hijos en común acredita una mayor estabilidad o solidez de la unión de hecho,*

¹³ STC 22/1981, de 2 de julio; STC 49/1982, de 14 de julio; STC 2/1983, de 24 de enero; STC 23/1984, de 20 de febrero; STC 209/1987, de 22 de diciembre; STC 209/1988, de 10 de noviembre; STC 20/1991, de 31 de enero; STC 110/1993, de 25 de marzo; STC 176/1993, de 27 de mayo; STC 340/1993, de 16 de noviembre; STC 117/1998, de 2 de junio; STC 200/2001, de 4 de octubre; y STC 39/2002, de 14 de febrero, entre otras.

ni dicha circunstancia constituye el único medio de prueba posible sobre la estabilidad de la pareja (...)”, añadiendo que la propia D.A.3ª Ley 40/2007 (y su equivalente la D.A.15ª Ley 51/2007) exige la convivencia ininterrumpida con el causante durante al menos 6 años (un año más que en el supuesto general de acceso a la pensión de viudedad para las parejas de hecho en hechos causantes posteriores a 1-1-2008) remitiendo a los términos establecidos en el primer inciso párrafo cuarto del art. 174.4 LGSS-1994. En definitiva, en ambos casos, tanto el hecho causante haya acaecido antes o después del 1-1-2008, se exige el requisito de convivencia estable y notoria como pareja de hecho con carácter inmediato al fallecimiento del causante y su acreditación en los mismos términos, es decir, mediante el certificado de empadronamiento. Por tanto, el Tribunal Constitucional descarta que el requisito cuestionado se justifique por la conveniencia de acreditar de forma inequívoca una efectiva y estable convivencia *more uxorio* entre el causante y el beneficiario, a fin de evitar posibles reclamaciones abusivas o fraudulentas.

Tampoco este requisito se justifica, a juicio del Tribunal Constitucional, en una pretendida finalidad de otorgar protección social a una concreta situación de necesidad. El Alto Tribunal es consciente de que la libertad de configuración que asiste al legislador le legitima para considerar merecedoras de mayor protección mediante la pensión de viudedad –y al margen de la pensión de orfandad que pueda corresponder a los hijos– las situaciones de necesidad en las que existan cargas familiares para el supérstite porque considere que en tales casos se acrecienta el daño económico resultante de la disminución de ingresos producida por el fallecimiento del causante. Y añade a continuación el Tribunal Constitucional: “(...) en este sentido, la mayor situación de dependencia económica que puede suponer, *al menos en hipótesis*, la existencia de hijos en común de la pareja de hecho a cargo del miembro supérstite (cuando los hijos sean menores o incapacitados) podría considerarse como justificación objetiva y razonable del requisito legal cuestionado, si no fuera porque los propios términos en que dicho requisito aparece formulado lo privan de fundamento”. Como se puede ver, el Tribunal Constitucional no descarta la posibilidad de que los hijos comunes puedan suponer, si están a cargo del supérstite, un requisito válido por derivarse del mismo una mayor dependencia económica –al margen de la pensión de orfandad que pudiera corresponderles– pero como luego veremos, a mi parecer se trata también de un requisito cuestionable en atención a la finalidad de la prestación. En todo caso, y volviendo a los argumentos del Tribunal Constitucional, considera que en este supuesto dicho argumento no es válido porque no se exige que dichos hijos comunes sobrevivan al causante o que estén a cargo del supérstite: lo relevante para el legislador es, *exclusivamente*, que exista esa descendencia común, lo que lo convierte en un requisito carente de justificación objetiva y razonable porque no responde a la finalidad de la pensión contributiva de viudedad configurada por la norma excepcional examinada, que no es propiamente atender a una real situación de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien resarcir frente al daño que produce la actualización de la contingencia (la muerte del causante) por la falta o minoración de ingresos de los que participaba el supérstite. A este argumento el Tribunal Constitucional añade que dicho requisito, además de carecer de justificación constitucionalmente legítima, es de *imposible cumplimiento* por razones biológicas, tanto para las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo (y razones jurídicas, al haber estado excluidas de la adopción hasta fechas recientes) como para las parejas de hecho de distinto sexo que no pudieron tener hijos por causa de infertilidad. La falta de justificación de este requisito en relación con la propia esencia o fundamento de la pensión de viudedad especial reguladas en

las normas examinadas y el hecho de que conduzca a un resultado desproporcionado al impedir injustificadamente a determinados supervivientes de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) determina la declaración de inconstitucionalidad de ambas normas.

Hay que recordar que ambas sentencias cuentan con votos particulares¹⁴ que, en esencia, reproducen las argumentaciones de las partes procesales que interesaban la desestimación de las cuestiones de inconstitucionalidad: a) la existencia de hijos comunes implica la existencia de mayores cargas familiares, anteriores y/o posteriores al hecho causante, cuya atención incide en todo caso sobre la capacidad económica del superviviente, por lo que su valoración por el legislador encaja en la lógica de una prestación dirigida a compensar el daño que la muerte del causante produce en el beneficiario por la falta o minoración de ingresos en los que participaba, sin que resulte desprovisto de sentido *presumir* que ese daño es mayor cuando *han existido hijos* comunes; b) su finalidad de constituir un indicio probatorio de la existencia de la relación de afectividad análoga a la conyugal al no exigirse en estos casos que la pareja de hecho esté inscrita en alguno de los registros específicos o mediante documento público, como así se exige para hechos causantes posteriores a 1-1-2008. En definitiva, como puede verse ambos argumentos se dirigen a poner de manifiesto su virtualidad probatoria: el problema, a mi parecer, es que aun con dicha finalidad, cierran el paso a otros mecanismos probatorios generando un resultado desproporcionado. Y a mayor abundamiento, no parece muy razonable afirmar –puesto que es una presunción *iuris et de iure*– que de “haber existido” hijos comunes se deriva un mayor daño, con independencia de que esos hijos estén a cargo o no o incluso de que hubieran haber podido premorir al progenitor ahora causante.

3.2. Sobre la eventual aplicabilidad de la doctrina constitucional al resto de supuestos en los que, en materia de viudedad, la existencia de hijos comunes constituye un criterio de atribución de derechos

3.2.1. La existencia de hijos comunes cuando el fallecimiento deriva de enfermedad común no sobrevenida al matrimonio (art. 219 TRLGSS)

Con la aparente finalidad de prevenir y excluir accesos fraudulentos a la pensión de viudedad, la Ley 40/2007 introdujo una limitación para el acceso a la pensión de viudedad en los supuestos en los que el fallecimiento derivara de enfermedad común no sobrevenida al matrimonio. No hay expresa referencia a este objetivo ni en la Ley ni tampoco en el Acuerdo Social del que la Ley constituye su plasmación legislativa (Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006)¹⁵, pero no existe otra justificación para esta

¹⁴ El voto particular a la STC 41/2013, de 14 de febrero lo es de su Presidente, Magistrado D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, al que se adhieren los Magistrados D. Ramón Rodríguez Arribas y D. Juan José González Rivas. El voto particular a la STC 81/2016, de 21 de abril, remitiéndose al anterior, lo firman igualmente su Presidente, el Magistrado D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, al que se adhiere el Magistrado D. Andrés Ollero Tassara.

¹⁵ (...) En caso de matrimonio, para acceder a la pensión de viudedad, en los supuestos de fallecimiento del causante por enfermedad común, se requerirá un período previo de vínculo conyugal de dos años o la existencia de hijos en común con derecho a pensión de orfandad.

De no acreditarse ese período y ante la ausencia de hijos con derecho a pensión de orfandad, se concederá una pensión temporal con una duración equivalente al período acreditado de convivencia matrimonial.

restricción de la acción protectora en materia de viudedad que sí se menciona, sin embargo, durante su tramitación parlamentaria¹⁶ aunque la propia norma se refiere a que se trata de un supuesto “excepcional”. Así pues, tras la reforma legal, el acceso a la pensión de quienes están casados –supuesto en el que, hay que recordar, no se exige dependencia económica, como así acontece en el caso de las parejas de hecho– cuando el fallecimiento deriva de enfermedad común preexistente al matrimonio¹⁷, para tener acceso a la pensión vitalicia de viudedad, se exige que el matrimonio se hubiera celebrado con un año mínimo de antelación a la fecha del fallecimiento del causante o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. La existencia de hijos comunes –sin necesidad de que sean beneficiarios de pensión de orfandad, como así se exigía en el Proyecto de Ley–, aparece como requisito alternativo a la exigencia de que el matrimonio haya tenido una duración mínima de un año¹⁸.

De este carácter alternativo caben dos hipotéticas interpretaciones o lecturas. La cuantitativa: dada la duración de la gestación (o de los procesos de adopción), la existencia de hijos constituye una prueba –iuris et de iure– de la existencia de una relación de convivencia *more uxorio* previa al matrimonio, aunque se haya contraído cuando ya se tenía conocimiento de la enfermedad común determinante del óbito del causante. La cualitativa: a juicio del legislador, la existencia de esos hijos comunes aporta un valor añadido al matrimonio, que no tiene relación con la dependencia económica pues no se exige esta, ni de forma expresa ni tampoco por la vía indirecta de requerir que sean beneficiarios de pensión de orfandad, si es que este criterio realmente sirve para tal finalidad. En atención a que se exime del requisito de la duración mínima y por tanto, también de su “alternativa” –la existencia de hijos comunes–, cuando en la fecha de celebración del matrimonio se acredita un determinado periodo de convivencia con el causante (el previsto en el art. 221.2

¹⁶ A este acceso tendencioso a las pensiones de viudedad hace referencia el Diputado de Esquerra Republicana de Catalunya, Sr. Tardà i Coma, para descartar que esa finalidad justifique la restricción de derechos que esta nueva limitación supone: “Las prestaciones de viudedad también merecen un análisis pormenorizado. Nos congratulamos de que se adapte la prestación parcialmente a los nuevos tiempos y se reconozcan las prestaciones a las nuevas realidades de uniones estables, tal como mencionaba el señor ministro, pero este reconocimiento para muchos gays, lesbianas, transexuales y otras parejas que decidan unirse fuera del sistema tradicional establecido por los valores dominantes no puede revertir, a nuestro entender, en el recorte que se contiene en el proyecto de ley. La limitación al acceso a la prestación de viudedad para matrimonios de más de dos años o con hijos comunes introduce de facto –y este es otro factor que no entendemos– la casta, entre comillas –si se me permite la expresión–, en los matrimonios. Que alguien aproveche la prestación de viudedad para lucrarse con una prestación del sistema no puede justificar bajo ningún concepto la medida que se pretende instaurar y que no dejará opción a muchas parejas de jóvenes, y mucho menos a las parejas de hecho, a las que se pretende requerir cinco años. Se da, pues, un trato diferente –nosotros nos preguntamos si no es anticonstitucional– a quien por razones ideológicas ha decidido utilizar una fórmula de unión distinta. Se propone la medida de la prestación temporal para el caso de que no pueda acceder a la misma, pero no tiene nada que ver con la prestación vitalicia que se venía concediendo” Diario de Sesiones (Congreso de los Diputados), nº 256, 2007.

¹⁷ La restricción a las enfermedades no sobrevenidas se operó durante la tramitación parlamentaria pues el proyecto de ley –así como el Acuerdo social del que deriva– se referían a todos los supuestos fuera o no sobrevenida. Vid. Sobre este particular, la intervención del senador del Grupo Mixto Sr. Urrutia Elorza: “(...) otra cuestión que nos preocupa respecto de las pensiones de viudedad, y así lo refleja una de nuestras enmiendas, es el fallecimiento por enfermedad común. La exigencia de un período mínimo de dos años o de hijos comunes constituye una restricción al acceso de esta prestación.

¿Qué pasa si la enfermedad no se hubiera detectado antes de la celebración del vínculo? Diario de Sesiones (Senado), nº 137. Su enmienda nº 2 proponía su supresión. E igualmente, la enmienda nº 14 (Congreso) de la Diputada del Grupo Mixto Sra. Lasagabaster Olazábal solicita la exclusión de aquellos supuestos en los que la enfermedad es conocida con posterioridad al matrimonio (o constitución de la pareja de hecho).

¹⁸ El Proyecto de Ley y el Acuerdo Social señalado cifraba esta duración en dos años.

TRLGSS), parece lógico pensar que el legislador utiliza aquí este criterio en su sentido cuantitativo, como indicio de la existencia de esa relación de afectividad, excluyendo así que el “precipitado” matrimonio tenga por finalidad el acceso fraudulento a una prestación vitalicia de viudedad. Hay que recordar que el incumplimiento de este requisito no impide el acceso total a la protección por viudedad sino únicamente a la pensión vitalicia, al haber creado la norma un supuesto de pensión temporal de viudedad¹⁹ como en los orígenes de nuestro sistema de seguridad social, pero con otra finalidad y regulación (vid. Supra). Pero hay que tener en cuenta que la convivencia que excluye la exigencia de una duración mínima al matrimonio y su alternativa –los hijos comunes– es muy dilatada (cinco años), y exige su acreditación a través del certificado de empadronamiento. Es importante señalar que no estamos aquí valorando la adecuación constitucional de la exigencia de una duración mínima al matrimonio, previsión que, pese a su carácter restrictivo en relación a la regulación anterior, podría entrar dentro de la libertad que el Tribunal Constitucional reconoce al legislador para la configuración legal del sistema de Seguridad social en función de sus disponibilidades financieras. Lo que se está valorando es si ese requisito alternativo puede calificarse de discriminatorio por ocasionar un resultado desproporcionado. Y la única conclusión que posiblemente proceda sea la afirmativa. La existencia de hijos comunes puede ser un indicio –en esa dimensión cuantitativa– de la existencia de una convivencia anterior al matrimonio, pero no puede ser el único medio de prueba admisible, con exclusión de cualquier otro. La supervivencia del causante incluso en el supuesto de que la enfermedad sea anterior al matrimonio no queda a su voluntad y casi parece una carrera contrarreloj frente a la que, finalmente, se manifiesta como inevitable muerte. Se discrimina así, en general, por una condición personal que entra dentro de la libertad de elección del sujeto o incluso queda fuera de su poder de disposición: en el caso de parejas heterosexuales, problemas de fertilidad o de su capacidad de procreación, que son discriminadas por esa condición o circunstancia biológica y, en el caso de las parejas homo o transexuales, la discriminación lo es por razón de orientación o identidad sexual, pues incluso presuponiendo su voluntad de ser padres (biológicos o por adopción), los procesos de adopción son muy largos, y desde luego, se dilatan más allá de los 9 meses de la gestación, y respecto de la eventual maternidad biológica en el caso de las parejas de lesbianas, la fecundación artificial también suele precisar de un largo tiempo, amén de su elevado coste económico. Pero incluso en supuestos de matrimonios heterosexuales fértiles, el hecho de que la única forma de acreditar la veracidad de la relación de afectividad cuando desgraciadamente el matrimonio no llega a cumplir un año y excluir la presunción de actuación fraudulenta que subyace a la redacción del precepto legal sea la existencia de hijos comunes, discrimina también a las parejas heterosexuales jóvenes pues la realidad pone de manifiesto que, cada vez más, se pospone la paternidad, aun cuando no es este el colectivo mayormente beneficiario de estas pensiones. Por consiguiente, aunque la finalidad de la regulación pudiera estar justificada, la medida no parece adecuada a la naturaleza de la protección dispensada ni es tampoco proporcional pues, pese a su aparente neutralidad, perjudica ostensiblemente a un colectivo específico: aquellos que no pueden o les resulta más difícil tener descendencia común. Como señalan las sentencias del Tribunal Constitucional antes señaladas, este requisito carece de justificación en relación con la propia esencia o fundamento de la pensión de viudedad y el hecho de que conduzca a un resultado

¹⁹ La duración que se exigía en el Acuerdo Social señalado y en el Proyecto de Ley presentado para su tramitación parlamentaria.

desproporcionado al impedir injustificadamente a determinados supervivientes de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada por ser de imposible o más difícil cumplimiento lo convierten en discriminatorio.

3.2.2. El papel de la descendencia común con derecho a pensión de orfandad en la cuantificación de la dependencia económica exigible para el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho (art. 221 TRLGSS)

El reconocimiento a las parejas de hecho de la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad constituyó la medida estrella de la Ley 40/2007 en materia de viudedad. Con todo, y en línea con las futuras reformas que se anunciaban de esta prestación²⁰, el acceso a la protección de la protección de las parejas de hecho quedó restringido a los supuestos en los que existiera dependencia económica del superviviente respecto del causante. Se iniciaba así el camino para restablecer el requisito de la dependencia económica para el acceso a la pensión de viudedad y se hacía en el supuesto que iba a generar menos controversia y en el que el legislador partía sin condicionantes previos, en tanto supuesto de nueva creación. La definición de “dependencia económica” aparece así como el caballo de batalla de esta nueva regulación, pues su mayor o menor amplitud abre o cierra el acceso a esta prestación para las parejas de hecho.

Como es sabido, el legislador optó por dos criterios para la definición de esta dependencia económica. En primer lugar, un criterio relativo, en el que lo importante es el peso o porcentaje que los ingresos del causante tienen en el conjunto de los ingresos de la pareja, cualesquiera que estos sean. Y en segundo lugar, un criterio absoluto, que valora los ingresos del superviviente en relación al salario mínimo interprofesional, para aquellos casos de menores ingresos en los que la aplicación de la regla primera pudiera suponer la exclusión de la protección, por ser el superviviente el mayor aportante al conjunto de ingresos –exiguos– de la pareja. En ambos criterios se recurre nuevamente a la existencia de hijos comunes, en este caso con derecho a pensión de orfandad: así, en el criterio absoluto, el porcentaje que el superviviente aportaba al conjunto de ingresos de la pareja se reduce del 50 al 25% en caso de inexistencia de hijos con derecho a pensión de orfandad, o lo que es lo mismo, que en ausencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, sólo existe la dependencia económica cuando el causante aportara más del 75% de los ingresos de la pareja, frente al 50% en caso de existencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. Es de significar que en este supuesto es indiferente el número de hijos comunes: la mera existencia de un hijo con derecho a pensión de orfandad ya tiene ese valor modificativo o, en términos negativos, su inexistencia ya conlleva la imposibilidad de acceder a la pensión por falta de “dependencia económica”. Por el contrario, el número de hijos con derecho a pensión de orfandad sí es relevante en el criterio relativo: existe también dependencia económica cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo

²⁰ El Acuerdo sobre Medidas de Seguridad Social de 13 de julio de 2006 se refiere expresamente a la exigencia de la dependencia económica en todos los supuestos: matrimonio, parejas de hecho y ex cónyuges: “(...) La pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes: matrimonio; parejas de hecho, siempre que tuviesen hijos en común con derecho a pensión de orfandad y/o existiese dependencia económica del sobreviviente respecto del causante de la pensión; o personas divorciadas perceptoras de las pensiones previstas en el Código Civil”.

interprofesional vigente en el momento del hecho causante, límite que se incrementa en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Nada dice la norma sobre la finalidad de la previsión, ni tampoco es deducible de su tramitación parlamentaria, siendo de significar que esta previsión no fue objeto de ninguna enmienda parlamentaria. Es de suponer que su finalidad responde a la existencia de unas mayores cargas familiares, pero esta conclusión resulta contradicha por el hecho de que se exija que dichos hijos sean comunes y además, beneficiarios de pensión de orfandad, en tanto esta mayor carga es atendida precisamente mediante la pensión de orfandad cuyo acceso no está vedado, como no podría ser de otra manera, por la filiación no matrimonial del hijo (art. 39 CE). El legislador reduce así las cargas familiares que supuestamente tienen incidencia sobre la dependencia económica del superviviente de la pareja de hecho a los hijos que son comunes, con exclusión, por ejemplo, de los eventuales hijos privativos del causante o del supérstite que pudieran estar a cargo de este último u otras cargas familiares, como ascendientes o hermanos de uno u otro miembro de la pareja. Sin embargo, utiliza otra definición de cargas familiares, como antes se ha señalado, para aplicar un porcentaje superior al general para el cálculo de la cuantía de la pensión, que aunque restrictiva pues excluye cargas familiares de ascendientes u otros familiares, comprende, por lo menos, a menores acogidos, sin olvidar tampoco que su finalidad es mejorar “excepcionalmente” la cuantía de la pensión de viudedad cuando existen tales cargas familiares y no, como en este caso, cerrar el acceso a la misma.

A igual que en los supuestos anteriores, también se nos plantean dudas sobre si se trata de una medida razonable en relación a su finalidad. Obviamente, no es cuestionable que el legislador, en la libertad de configuración del sistema de seguridad social que le asiste, exija como requisito la dependencia económica del supérstite: la cuestión es si la forma de medición de esa dependencia es o no razonable y/o conduce a resultados desproporcionados o susceptibles de generar discriminación. Y al igual que en el supuesto anterior, la respuesta debe ser, a mi parecer, afirmativa. Por un lado, y aunque pueda parecer lo contrario, la existencia de esos hijos comunes con derecho a pensión de orfandad no implica necesariamente unas mayores cargas familiares, tanto porque es beneficiario de la pensión de orfandad y la situación de necesidad del huérfano se atiende a través de esta prestación, como por el hecho de incluso es jurídicamente posible que dicho hijo realice una actividad retribuida manteniendo el derecho a la pensión de orfandad (art. 224.2 TRLGSS). El propio hecho de que el número de hijos no tenga incidencia en la forma de cálculo de la dependencia económica que se deriva de la regla absoluta abunda en la falta de proporcionalidad de la norma, a lo que añade el hecho de que en el criterio relativo –pero no así en el absoluto– se exija que los límites económicos se mantengan en el momento del hecho causante y durante toda su percepción (párrafo segundo del art. 221.2 TRLGSS). Hay que insistir en que no se cuestiona –aunque sea discutible que el criterio relativo sirva realmente para indicar una “dependencia económica” (otra cosa es el perjuicio o daño que supone la pérdida de esos ingresos)– la fórmula seleccionada por el legislador para calcular la dependencia económica: lo que se cuestiona es que en dicha fórmula se tome en consideración la existencia de hijos cuando de su existencia no necesariamente se derivan esas “cargas familiares”. Y en tanto medida que, neutral, tiene mayor incidencia sobre unos determinados colectivos caracterizados por una circunstancia personal como es la orientación

e identidad sexuales, cabría aplicar la doctrina de la discriminación indirecta y considerar inconstitucional esa forma de medición de la dependencia económica.

3.2.3. Pensión de viudedad de cónyuges separados judicialmente o divorcios sin pensión compensatoria e hijos comunes (D.A.18^a). Reconocimiento excepcional para separaciones judiciales y divorcios anteriores a 1-1-2008

La regulación del acceso a la pensión de viudedad de los ex cónyuges también fue objeto de reforma por la Ley 40/2007 con el objeto de establecer como requisito la dependencia económica del superviviente respecto del causante, dependencia económica que quiso situarse o concretarse en la percepción por aquél y a cargo de éste de una pensión compensatoria. Sin embargo, la confusa redacción del entonces art. 174.2 LGSS-1994²¹ dio pie a diversas resoluciones judiciales²² que interpretaron que la norma no exigía la percepción de pensión compensatoria como requisito de acceso a la pensión de viudedad, sino que lo que exigía era que, de percibirse dicha pensión, se extinguiera con el fallecimiento del causante. Las citadas sentencias resolvían los procedimientos judiciales iniciados por demandantes de pensiones de viudedad, divorciados con anterioridad a la reforma y cuyos convenios reguladores no fijaban o establecían pensión compensatoria, pero en relación a hechos causantes producidos en los meses siguientes a su entrada en vigor.

La solución a la controversia vino con la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, cuya D.F.3^a llevó a cabo dos modificaciones. Por un lado, reformó la redacción legal en aras a clarificar que la percepción de la pensión compensatoria constituía el requisito de acceso a la pensión de viudedad para los cónyuges separados judicialmente o divorciados. Por otro lado, introdujo una nueva Disposición Transitoria 18^a en la LGSS-1994 por la que se permitía el acceso a la pensión de viudedad en aplicación de la normativa anterior a la Ley 40/2007 –es decir, sin exigencia de pensión compensatoria– cuando la separación judicial o el divorcio hubieran tenido lugar antes de 1-1-2008. Además, se exigía: a) que entre el divorcio y el hecho causante no hubieran transcurrido más de 10 años; b) que el matrimonio hubiera tenido una duración mínima de 10 años; c) y una edad superior a 50 años o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. Con posterioridad, la Ley 27/2011, de 1 de agosto (D.F.7.9) introdujo un nuevo apartado 2 a la citada D.T.18^a LGSS-1994 permitiendo el acceso a la pensión de viudedad en el mismo supuesto –es decir, para separaciones judiciales y divorcios ocurridos antes de 1-1-2008 cuando, aún no existiendo hijos comunes, los solicitantes tuvieran 65 o más años, no tuvieran derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no hubiera sido inferior a 15 años. En estos mismos términos se recoge en la actualidad en la vigente D.T.13^a TRLGSS.

²¹ 2. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante.

²² Entre otras, SJS de 28-7-2008 (núm. proc. 329/2008), SJS de 10-7-2008 (ss. núm. 410/2008), STSJ núm. 3 de Santander de 27-10-2008 (S. núm. 460/2008) y SJS Huesca de 19-1-2009 (S. núm. 12/2009).

Vaya por delante que en tanto se trata de una norma de derecho transitorio y en relación a una situación normativa en la que todavía no estaba reconocido el acceso al matrimonio a las parejas homo o transexuales, esta cuestión afecta exclusivamente a matrimonios heterosexuales: aquellos separados legalmente o divorciados con anterioridad a 1-1-2008 sin haber pactado pensión compensatoria. No se trata, pues, de situar la tacha de discriminación en ninguna condición personal ni resulta, por tanto, aplicable la doctrina de la discriminación indirecta. En este caso, la discriminación más bien cabe situarla en la ausencia de justificación objetiva y razonable de esa exigencia en el contexto de la regulación de la pensión de viudedad. No se entiende qué equivalencia existe entre la exigencia de una determinada edad al supérstite (50 años) y haber tenido hijos con el causante. Si el legislador ha querido restringir la aplicación de esta norma por razones económico-financieras, o por otra razón legítima, debería haberse limitado a exigir una determinada edad en la consideración, razonable, de que el supérstite joven es todavía empleable, por ejemplo. Pero intercambiar la edad por la existencia de hijos comunes hace aparecer la maternidad/paternidad como un premio a los matrimonios que han tenido hijos, otorgándoles así un mayor valor jurídico. Y aunque pudiera parecer lo contrario, esta conclusión se refuerza con la adición por la Ley 27/2001 del segundo supuesto en la que la supresión de este requisito de los hijos comunes se hace a costa de un endurecimiento de los otros requisitos: la edad exigida al supérstite –que se eleva desde los 50 a los 65 años (nada menos que 15 años)– y también la duración mínima exigida al matrimonio, que pasa de 10 a 15 años. No hay nada que objetar a la previsión de medidas de fomento de la natalidad incluso a través del reconocimiento de mayores beneficios en el ámbito de las prestaciones, como algunas de las que el legislador ha establecido más recientemente (por ejemplo, el complemento por maternidad en las pensiones contributivas recogido en el actual art. 60 TRLGSS-1994) en tanto es un complemento o mejora, pero acudir a la existencia de hijos sin que dicha maternidad/paternidad tenga ninguna conexión con la finalidad de la protección y con un efecto excluyente del acceso a esta o dificultando el acceso, es claramente discriminatorio por incumplimiento del primer juicio de constitucionalidad: la existencia de una justificación objetiva y razonable.