

Pensión de viudedad y matrimonio homosexual (a propósito de las SSTC 92/2014, 93/2014, 115/2014 y 157/2014)

JOSÉ FRANCISCO BLASCO LAHOZ

TITULAR DE UNIVERSIDAD. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Resumen

El derecho a la pensión de viudedad exige, con carácter general, haber contraído matrimonio previo en cualquiera de las formas previstas en el Código Civil. La Ley 13/2005, de 1 de julio, al modificar dicha norma en materia de derecho a contraer matrimonio, reconoció el derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo; y tuvo como consecuencia el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad al cónyuge superviviente de un matrimonio homosexual. Sin embargo, las dificultades para el acceso al derecho a la pensión de viudedad se han producido en relación con las parejas de hecho homosexuales que no habían podido contraer matrimonio porque en el momento del fallecimiento del sujeto causante no existía previsión legal que permitiera dicho matrimonio. Esta cuestión ha motivado una doctrina constitucional que no considera discriminatorio por razón de sexo que aquellas personas no puedan acceder al derecho a pensión de viudedad.

Abstract

The right to widow's pension requires, in general, have contracted prior marriage in any of the forms provided for in the Civil Code. The Law 13/2005 of 1 July, to amend this rule in law to enter into marriage, recognized the right to marry to persons of the same sex; and it resulted in the recognition of the right to a widow's pension to the surviving spouse of a same-sex marriage. However, difficulties in access to the right to widow's pension have occurred in relation to couples actually gays who had not been able to get married because there was no legal provision that would allow the marriage at the time of the demise of the causing subject. This question prompted a constitutional doctrine that not considered discriminatory on grounds of sex that people can not access to the right to a widow's pension.

Palabras clave

Pensión de viudedad; matrimonio homosexual; parejas de hecho; discriminación; tribunal constitucional.

Keywords

Same-sex marriage; domestic partners; discrimination; Constitutional Court.

1. LA PENSIÓN VITALICIA DE VIUEDAD Y SUS BENEFICIARIOS

Las prestaciones por muerte y supervivencia son aquellas destinadas a solucionar las situaciones de necesidad que se originen para las personas que dependan económicamente de otra (un trabajador), cuando ésta muere; y, por tanto cumplen un doble objetivo: compensar los gastos ocasionados por el sepelio y proteger la situación de necesidad derivada del fallecimiento del causante. De manera que las contingencias generales que originan el derecho a estas prestaciones son la muerte del trabajador y la supervivencia de los familiares que se encontraban a su cargo (que convivan y dependan económicamente de aquél); siendo la específica contingencia originadora de la prestación económica (pensión) por viudedad la supervivencia del cónyuge o de la persona que convivía con el sujeto causante. De hecho, el Tribunal Constitucional ha interpretado que, en su configuración actual, la pensión de viudedad en el caso de matrimonio no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente, y, en

general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges)¹ (SSTC 41/2013, de 14 de febrero [Rec. 8970/2008], 55/2013, de 11 de marzo [Rec. 6163/2010], y 77/2013, de 8 de abril [Rec. 5030/2011]).

El beneficiario del derecho a la pensión de viudedad será el cónyuge superviviente o persona unida al causante mediante pareja de hecho², con independencia de su sexo³ (art. 174.1 y 3 de la LGSS y SSTC de 103/1983 y 104/1983, de 22 y 23 de noviembre [cuestiones de inconstitucionalidad 301/1983 y 288/1982], 144/1989, de 18 de septiembre –sobre

¹ MOLINS ha interpretado que la LGSS viene a presumir *iuris et de iure* que, por el fallecimiento del cónyuge, se produce una situación de necesidad, pero que esto no es necesariamente cierto, existiendo tres niveles de situación de necesidad: aquel en el que verdaderamente hay una situación de necesidad porque el beneficiario necesita la pensión de viudedad para sobrevivir (nivel en el que se encuentran la mayoría de los perceptores de una pensión de viudedad); aquel en el que el beneficiario tiene unos ingresos suficientes para sobrevivir y el fallecimiento del cónyuge conlleva la disminución de ingresos (nivel en el que hay un grupo no mayoritario pero numéricamente importante de viudos); y aquel en el que ni hay situación de necesidad ni sustitución de rentas porque el fallecido no las aportaba (“Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2005, BIB 2005\1590, pág. 25). PÉREZ ALONSO indica que la justificación de la pensión de viudedad reside en la solidaridad patrimonial entre los cónyuges que rige durante el matrimonio procurando, a través de la pensión de viudedad que dicha solidaridad siga después de la muerte de uno de ellos (*Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 13).

² La STC 22/2010, de 27 de abril [Rec. 176/2006], (seguida en su doctrina por las SSTs de 6 y 8 de julio de 2010 [Rec. 931/2009 y 813/2005]) declaró la inconstitucionalidad del art. 174.3 de la LGSS, en la redacción dada por el RD Leg. 1/1994, de 20 de junio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el art. 101 del Código civil de “vivir maritalmente con otra persona”, por vulnerar el art. 14 de la CE.

³ Al Tribunal Constitucional le resultó manifiesto que la situación de partida de la norma contenida en los apartados 1 y 2 del entonces vigente art. 160 de la LGSS presentaba una práctica igualdad, pues en uno y otro caso se trata del fallecimiento del cónyuge de un trabajador afiliado al régimen de la seguridad social que ha efectuado las correspondientes cotizaciones y del derecho de su consorte a obtener una pensión de viudedad; sin embargo, detectaba una diferencia notoria de régimen jurídico entre el derecho a la pensión de viudedad de las viudas y el de los viudos. La condición del derecho de pensión de las viudas era únicamente la convivencia habitual con el cónyuge causante o, en todo caso, la separación legal con sentencia firme que le hubiera reconocido como inocente, además de haber completado el período de cotización reglamentario salvo cuando la causa de la muerte fuera accidente de trabajo o no laboral o enfermedad profesional; y el derecho de pensión del viudo era más limitado, como gráficamente lo ponía de manifiesto el legislador cuando establecía que el derecho de pensión del viudo se condicionaba a que, además de concurrir los requisitos exigidos para la viuda, se tratase de persona que al tiempo de fallecer su esposa estuvieran incapacitadas para el trabajo y a cargo de la fallecida. Así, no se necesitaba profundizar excesivamente en la materia para comprender que el único factor diferencial de cada una de las situaciones jurídicas que el art. 160 contemplaba en sus dos apartados era el sexo de la persona, viuda o viudo, lo que situaba el precepto directamente en el marco del art. 14 de la Constitución española; y, en consecuencia, el citado precepto legal suponía un trato desigual en perjuicio del varón, desde el momento en que el fallecimiento de éste era determinante en todo caso de pensión de viudedad en favor de su esposa, mientras que el de ésta solamente lo era si concurrían las exigencias específicas que allí se señalaban, pues sólo ellas determinaban que fuera idéntica la consecuencia, siendo el trato desigual en perjuicio del varón un hecho indiscutible desde el momento en que en identidad de circunstancias el legislador atribuye secuelas distintas. Por ello, concluyó que para restablecer la igualdad se hacía preciso declarar inconstitucional el apartado 2 del art. 160, y el inciso del apartado 1 donde se decía en femenino “la viuda”, pues sólo de este modo se conseguiría que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la seguridad social tuvieran el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino. Con posterioridad a esta doctrina, el Tribunal Supremo interpretó que el derecho a la pensión de viudedad de los varones surge con la entrada en vigor de la Constitución española y es aplicable la Ley 24/1972, que declaró imprescriptible el derecho, y puede ser reclamado por el viudo aunque el fallecimiento de la causante hubiera acaecido bajo la vigencia de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, al ser una norma discriminatoria en cuanto obstaculizadora de su reconocimiento a los viudos (STS de 12 de mayo de 2003 [Rec. 3183/2002]).

pensión SOVI– [Rec. 1496/1987] y 58/1991, de 14 de marzo [Rec. 952/1988]), que reúna los requisitos legalmente exigidos.

Así, en primer lugar, el derecho a la pensión de viudedad exige, con carácter general, haber contraído matrimonio previo en cualquiera de las formas previstas en el Código Civil⁴ (STC 66/1994, de 28 de febrero [Rec. 1714/1992]); debiendo tenerse en cuenta, pues, la nueva redacción del art. 44 del Código Civil llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, establece que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

El art. 174.1 de la LGSS establece las siguientes reglas específicas sobre la existencia de vínculo matrimonial: en los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante hubiera sido consecuencia de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal se requerirá que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, que existan hijos comunes; y no será necesario el cumplimiento del requisito de duración anterior cuando en la fecha de la celebración del matrimonio se pruebe un período de convivencia acreditada con el causante que sumado al de duración del matrimonio hubiera superado los dos años, a contar desde que la pareja pudo contraer matrimonio⁵ (STS de 25 de junio de 2013 [Rec. 2528/2012]).

También hay que tener en cuenta que la ruptura de la convivencia del cónyuge superviviente con el sujeto causante tiene una importante incidencia en los efectos de la pensión de viudedad, y su regulación ha sufrido una evolución. En primer lugar, la LGSS de 1974 (art. 160.1.a) exigía que en caso de separación judicial debía existir sentencia firme que declarara al primero inocente de la misma. A continuación se replanteó la exigencia de

⁴ El Tribunal Constitucional ha dictaminado que no cabe apreciar trato discriminatorio por razones étnicas en la denegación de aquél derecho porque, en primer lugar, el ordenamiento jurídico establece con alcance general una forma civil de acceso al vínculo matrimonial que es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica y, en segundo lugar, porque cuando el legislador ha decidido otorgar efectos legales a otras formas de acceder al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la exclusiva base de consideraciones religiosas y alejado también, por tanto, de cualquier connotación étnica. Sobre el contenido de esta sentencia se formuló un voto particular (STC 69/2007, de 16 de abril [Rec. 7084/2002]) (sobre el contenido de esta sentencia puede verse ESPÍN SÁEZ, M. y ESPADA MALLORQUÍN, S. “A vueltas con el matrimonio como presupuesto para generar el derecho a la pensión de viudedad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008); y el Tribunal Supremo interpreta que es admisible que una persona que ha estado unida al sujeto causante como consecuencia del matrimonio celebrado según el rito de la iglesia evangélica de Filadelfia sí tiene derecho a la correspondiente pensión de viudedad porque el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración (art. 61 del Código Civil), y ello aunque no esté inscrito en el Registro Civil (únicamente no los tendría si dicho matrimonio perjudicara los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas); de manera que como el matrimonio existió se cumple en el solicitante de la pensión de viudedad la condición de cónyuge superviviente exigida en el art. 174.1 de la LGSS (STS de 15 de diciembre de 2004 [Rec. 7064/2003]).

⁵ La acreditación del período de convivencia, complementario del matrimonial, puede llevarse a cabo por cualquiera de los medios probatorios admitidos en Derecho, sin que para ello sea necesario acudir a los medios concretos que exige el art. 174.3 de la LGSS para el caso de que el derecho a la prestación se apoye exclusivamente en la situación de pareja de hecho sin ulterior matrimonio (SSTS de 14 de junio de 2010 [Rec. 2975/2009] y 29 de noviembre de 2011 [Rec. 232/2011]); y en el supuesto de fallecimiento por enfermedad previa al matrimonio y antes de un año de la fecha de éste, se reconocerá derecho a pensión de viudedad por acreditación de convivencia anterior como pareja de hecho sin necesidad de que ésta estuviera inscrita en los registros públicos o constase en documento público (SSTS de 20 de julio de 2010 [Rec. 3715/2009] y 28 de febrero de 2012 [Rec. 1768/2011]).

convivencia, de manera transitoria a través de la dispos. ad. 10.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, y de manera definitiva con la LGSS (art. 174); asimismo, ya la Resolución de 23 de junio de 1989 dejó de exigirla para las separaciones de hecho. En la actualidad, en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, siempre que, en este último caso, no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho; y en el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad a que hubiere lugar, fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última (art. 174.2 de la LGSS, en la redacción de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2010). Además, el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria prevista en el art. 97 del Código Civil⁶, ésta quedara extinguida a la muerte del causante⁷ (art. 174.2 de la LGSS, en la redacción de la Ley 26/2009). Si bien, 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 separación judicial o el divorcio 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 violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho (art. 174.2 de la LGSS, en la redacción de la Ley 26/2009).

Además, la dispos. trans. 18.^a de la LGSS, introducida por la Ley 26/2009, tal y como ratifica el Tribunal Supremo (SSTS de 21 de diciembre de 2010 [Rec. 1245/2010] y 21 de julio de 2014 [Rec. 2074/2013]), ha establecido que el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial, que deben haberse producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a 10 años, siempre que el vínculo matrimonial hubiera tenido una duración mínima de 10 años y concurriesen en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes: la existencia de hijos comunes del

⁶ El art. 97 del Código Civil establece que la pensión compensatoria es aquella a la que tiene derecho el cónyuge al que la separación o divorcio produce un desequilibrio económico, en relación con la posición del otro, que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio y se fija mediante resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las circunstancias de edad, salud, acuerdos previos entre los cónyuges, cualificación, dedicación a la familia, etc., y el derecho a esta pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona, pero no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor, aunque sus herederos pueden solicitar al juez su reducción o supresión.

⁷ El Tribunal Supremo reconoce el derecho a percibir la pensión al cónyuge divorciado tras procedimiento de separación en el que se le fijó a su favor y a cargo del cónyuge una pensión en concepto de alimentos, excluyéndose expresamente el concepto compensatorio y manteniéndose así tras dicho divorcio, pues la razón legal del requisito se halla en la dependencia económica, que concurre con independencia de la denominación de la pensión que abonaba el causante (SSTS de 29 [Rec. 743/2013] y 6 de mayo de 2014 [Rec. 1344/2013]); y al cónyuge viudo separado judicialmente, al que la sentencia de separación reconoció pensión compensatoria, aunque nunca la haya percibido ni reclamado, porque el no haber reclamado el abono de la pensión compensatoria no supone la renuncia a la misma ni, en consecuencia, su extinción (STS de 1 de abril de 2014 [Rec. 64/2013]).

matrimonio, y tener cumplida una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión. En estos casos la cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Si bien, se establece expresamente que la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad; y que lo dispuesto en la dispos. trans. 18.^a de la LGSS será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, siéndoles igualmente de aplicación lo dispuesto en el art. 174.2 de la LGSS⁸.

En cualquier caso, el nuevo ap. 2 añadido a la dispos. trans. 18.^a de la LGSS por la Ley 27/2011, de 1 de agosto (con efectos a partir de 1 de enero de 2013), ha establecido que también tendrán derecho a la pensión de viudedad las personas que se encuentren en la situación arriba señalada, aunque no reúnan los requisitos señalados, siempre que se trate de personas con 65 o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no hubiera sido inferior a 15 años.

En caso de nulidad matrimonial el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se hubiera reconocido el derecho a la indemnización destinada al cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido declarado nulo habiendo existido convivencia conyugal (art. 98 del Código Civil), siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos previstos legalmente (art. 174.2 de la LGSS). A este respecto, la STS de 11 de febrero de 1994 [*Tol 267358*] exigió que la persona que pretenda ser beneficiario hubiera sido considerado por la sentencia judicial cónyuge de buena fe; y el art. 79 del Código Civil y la Resolución de 3 de abril de 1995 establecieron que en caso de falta de pronunciamiento sobre tal extremo se presumirá la buena fe.

No obstante, pese a desaparecer el requisito del vínculo y de la convivencia, ésta última sigue siendo importante para calcular la forma de distribuir entre los posibles beneficiarios la pensión de viudedad⁹. Así, se establece que si habiendo mediado divorcio se

⁸ El Tribunal Supremo, tras admitir la necesidad de que en los supuestos de divorcio el beneficiario de la pensión de viudedad hubiera sido acreedora de la pensión compensatoria establecida en la legislación civil y que ésta hubiera quedado extinguida por la muerte del causante, ha admitido el reconocimiento excepcional del derecho a la pensión de viudedad sin que hubiera existido la citada pensión compensatoria, siempre que se acrediten los requisitos exigidos en la citada dispos. trans. 18.^a de la LGSS (SSTS de 21 de diciembre de 2010 [Rec. 1245/2010] y 26 de enero de 2011 [Rec. 4587/2009]); y que el cómputo de los 10 años desde el divorcio o la separación judicial cuyo transcurso priva de los beneficios de la disposición transitoria 18.^a de la LGSS se produce desde el día en que se oficializa la ruptura matrimonial sin pensión compensatoria, sea divorcio o separación judicial (SSTS de 2 de noviembre de 2013 [Rec. 3044/2012] y 28 de abril de 2014 [Rec. 1737/2013]).

⁹ Durante una determinada época la jurisprudencia y la práctica del INSS aplicaban un criterio de pura proporcionalidad, sin distinción entre todos ellos (el cónyuge actual y los “históricos”), en función de los años de matrimonio convidos con el sujeto causante; a continuación, se produjo un cambio jurisprudencial (SSTS de 21 de marzo de 1995 y 27 de enero de 2004 [Rec. 3610/2002]) que plantea que cuando al fallecer un trabajador queden dos o más cónyuges supervivientes, debe partirse de que el derecho a la pensión de viudedad corresponde al único viudo de verdad, es decir, al cónyuge supérstite que al momento del hecho causante mantuviera su matrimonio constante y normal, pues tal derecho se hallaba legalmente consagrado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley del Divorcio, que estableció un derecho nuevo en favor del divorciado. Así, para determinar el porcentaje de la pensión que corresponde a los que hubieran sido cónyuges históricos se aplicaba el tiempo proporcional de convivencia con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el período que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante; mientras que al cónyuge viudo

produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por 100 a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad por cumplir los requisitos exigidos cuando se trata de una pareja de hecho¹⁰ (art. 174.2 de la LGSS).

le corresponderá la pensión en su totalidad pues el derecho a la pensión de viudedad sigue siendo pleno, con independencia del período de convivencia que hubiera tenido, pero tal pensión vendrá disminuida por la parte que corresponda a los cónyuges divorciados, y por el tiempo en que estos hubieran convivido, estando casados, con el causante (no siendo computable el período de vínculo sin convivencia); y en definitiva, la consecuencia más relevante era que si muere el cónyuge viudo su pensión no acrecerá el derecho del cónyuge histórico, que mantendrá la cuantía inicial de su pensión, y si el cónyuge “histórico” es el único, esto es, no concurre con otros anteriores, ni posteriores si el causante no se volvió a casar, no por ello percibe la totalidad de la pensión, sino solo la prorrateada (SSTS de 14 de julio de 1999 y 26 de septiembre de 2000). La Administración de la Seguridad Social ha venido aplicando la jurisprudencia reseñada considerando que el cónyuge legítimo es el beneficiario de la pensión íntegra, de la cual se sustrae la cantidad correspondiente al tiempo de convivencia del cónyuge o cónyuges anteriores, y para ello, la proporcionalidad se determina tomando como módulo de referencia el período transcurrido desde la fecha del primer matrimonio hasta el fallecimiento del causante (Circular del INSS de 20 de febrero de 1997); y que la distribución de la pensión de viudedad entre diversos beneficiarios con arreglo al tiempo vivido con el causante no modifica las prestaciones, sino que distribuye una sola entre varios beneficiarios, por lo que los mínimos garantizados afectan a la prestación y no a cada uno de los beneficiarios (SSTS de 18 de julio y 27 de septiembre de 1994), de manera que el complemento por mínimos también será único, haya uno o más beneficiarios (SSTS de 20 de mayo y 19 de diciembre de 2002), siendo, en consecuencia, su cuantía proporcional al tiempo de convivencia con el causante, aunque exista un único beneficiario (SSTS de 3 de mayo de 2000 y 17 de septiembre de 2008 [Rec. 661/2006]). Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 186/2004, de 2 de noviembre [Rec. 1863/2001], manifestó que no existe inconstitucionalidad en el criterio proporcional establecido para aquellos supuestos en los que concurren varios beneficiarios de la pensión de viudedad, sin que exista discriminación del cónyuge viudo superviviente que comparte su pensión de viudedad con otro beneficiario (el anteriormente casado con el causante de la pensión cuyo matrimonio se disolvió o anuló) en relación con el cónyuge viudo superviviente de un causante que no ha contraído anteriores nupcias, pues, solo y exclusivamente en este último caso, la viuda percibe la totalidad de la pensión de viudedad; ello porque la pensión de viudedad se configura en relación con un causante, que no es el beneficiario directo y cuyas vicisitudes, furto de su personal autonomía y libertad, son las que finalmente repercuten en el régimen jurídico de la pensión del beneficiario, ya que el legislador ha considerado como interés susceptible de protección el derivado de la convivencia marital durante cierto tiempo, y no pueden considerarse términos homogéneos para llevar a cabo la comparación necesaria en el juicio de igualdad biografías diferentes en el terreno matrimonial precisamente de la persona que con su muerte causa la pensión de viudedad, pues, en coherencia con tales biografías, el legislador ha tomado en consideración el tiempo de convivencia conyugal con el causante, en cuyo período de tiempo se ha realizado la pertinente cotización a la Seguridad Social a efectos de la pensión; y así, cuenta con una justificación objetiva y razonable la opción de no excluir de la titularidad de la pensión a quienes anteriormente tuvieron la condición de cónyuges y que como tales convivieron con el casuante durante cierto tiempo al quedar la pensión de viudedad concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supervivientes (STC 125/2003, de 19 de junio [Rec. 5105/1997]), sin que ofrezca dudas la proporcionalidad de la solución, pues esta enlaza directamente con el tiempo de convivencia con el causante y justamente el criterio de reparto opera en proporción a dicho tiempo (BLASCO LAHOZ, J. F. *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes especiales y prestaciones no contributivas*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, 3.ª ed. pág. 752).

¹⁰ Sobre la garantía del 40 por 100 la Administración (Instrucciones provisionales para la aplicación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con el reconocimiento de pensiones - Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS - 2 de enero de 2008) admite que su reconocimiento actúa en detrimento de las prorratas de pensión que deban reconocerse a los beneficiarios concurrentes, dado que la norma establece un criterio de distribución de la pensión entre quienes fueran beneficiarios en la fecha del hecho causante, sin que se prevea modificación posterior de la proporción resultante ni la posibilidad de que se alteren las porciones de la pensión atribuidas a cada uno de los beneficiarios, ni siquiera en el supuesto de que se hubieran reducido las otras prorratas correspondientes por aplicación de la garantía del 40 por

Sobre el cómputo del tiempo de convivencia, la Administración realizó las siguientes aclaraciones¹¹ (Instrucciones provisionales para la aplicación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con el reconocimiento de pensiones - Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS - 2 de enero de 2008): 1) el tiempo de convivencia respecto de los matrimonios y las parejas de hecho se computa, respectivamente, desde su celebración y su constitución, y en el caso del primero, hasta su extinción (SSTS de 21 de marzo de 1994 y 27 de enero de 2004 [Rec. 3610/2002]); no se computan los tiempos de inexistencia de matrimonio, ni de convivencia sin existencia de matrimonio, ni de convivencia sin constitución de pareja de hecho; y no se computan los tiempos de convivencia con parejas de hecho anteriores, aun cuando se hubieran constituido como tales, si posteriormente existiera matrimonio con otra persona o hubiese otro conviviente con derecho a pensión de viudedad.

También en el caso de nulidad matrimonial la pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que pudieran resultar por la aplicación de las reglas arriba apuntadas para el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios (art. 174.2 de la LGSS y SSTS de 1 de octubre de 1993 y 11 de febrero de 1994).

Por último, el Tribunal Supremo ha dictaminado que también la cuantía de la pensión de viudedad debe ser proporcional al tiempo convivencia en los supuestos de separación judicial y posterior reconciliación de los cónyuges separados, porque aun cuando el Código Civil (art. 84) establece que la reconciliación pone término al procedimiento de separación, aquélla no tiene efectos retroactivos, de manera que dejará sin efecto ulterior las consecuencias de la separación judicial, pero sin que ello signifique la eliminación de la realidad material que consiste en el hecho de que durante el tiempo entre la separación y la reconciliación no hubo vida en común con el cónyuge fallecido, tal y como exige el art. 174.2 de la LGSS, puesto que la ausencia de vida en común es el efecto constitutivo, típico y más característico de la sentencia de separación matrimonial (art. 83 del Código Civil) (SSTS de 20 de enero de 2004 [Rec. 91/2003] y 7 de diciembre de 2011 [Rec. 867/2011]); que en los supuestos de convivencia marital anterior a la publicación de la Ley de Divorcio, con matrimonio celebrado al poco tiempo de su entrada en vigor, una vez divorciado el causante de su cónyuge histórico, se le reconocerá al cónyuge viudo, a efectos del cálculo de la pensión de viudedad, todo el tiempo de convivencia con el sujeto causante hasta la fecha del divorcio (STS de 27 de enero de 2004 [Rec. 3610/2002]); y que la convivencia more uxorio del cónyuge divorciado que ha desaparecido como consecuencia de la muerte del conviviente more uxorio en fecha anterior al fallecimiento del causante no es causa de extinción de la pensión de viudedad devengada, debiendo procederse a la distribución de la misma entre el cónyuge viudo y el divorciado en proporción al tiempo de convivencia (STS de 26 de mayo de 2004 [Rec. 3103/2003]).

100; y que debe reconocerse también a la persona separada, ya que sigue siendo legalmente cónyuge, siempre que cause derecho a pensión de viudedad (BLASCO LAHOZ, J. F. *Seguridad Social. Régimen General...* cit. pág. 751).

¹¹ BLASCO LAHOZ, J. F. *Seguridad Social. Régimen General...* cit. pág. 750.

En la actualidad, se reconoce el derecho a la pensión de viudedad a quien se encuentre unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho¹²; entendida ésta como 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 5 años¹³ (art. 174.3 de la LGSS). La existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja¹⁴ (SSTS de 20 de julio de 2010 [Rec. 3715/2009] y 20 de mayo de 2014 [Rec. 1738/2013]); que deberán haberse producido con una antelación mínima de 2 años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante¹⁵ (art. 174.3 de la LGSS).

¹² Históricamente, para causar derecho a la pensión de viudedad, no bastaba con la convivencia *more uxorio* (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre [Rec. 1419/1988] y 39/1998, de 17 de febrero [Rec. 613/1995] y SSTS de 20 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 2007 [Rec. 4744/2006]), ni siquiera cuando existía consentimiento presunto o propósito de contraer matrimonio (STS de 19 de noviembre de 1998); y solo se admitía como excepción la que era consecuencia de la aplicación de la *dispos. ad. 10.ª* de la Ley 30/1981, que concedió una ficción matrimonial a quienes conviviendo no pudieron divorciarse del matrimonio anterior ni contraer nuevas nupcias porque el causante falleció antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 (SSTC 177/1985, de 18 de diciembre [Rec. 858/1984] y 39/1998, de 17 de febrero [Rec. 613/1995] y SSTS de 26 de mayo de 1993 y 2 de diciembre de 1994), o con posterioridad pero sin que hubiera dado tiempo para legalizar la situación, siempre que no hubiera existido negligencia en tramitar el divorcio y/o contraer nuevas nupcias; y ello, aun cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había admitido la posibilidad de que un transexual tenga derecho a beneficiarse de una pensión de supervivencia reservada al cónyuge supérstite sin que exista matrimonio previo, puesto que la legislación que exigiera el requisito de matrimonio sería contraria, en principio, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (STJCE de 7 de enero de 2004) (BLASCO LAHOZ, J. F. *Seguridad Social. Régimen General... cit.* pág. 753).

¹³ La STC 44/2014, 7 de abril [Rec. 5800/2012] descarta que resulte contrario al art. 14 de la CE el inciso "no tengan vínculo matrimonial con otra persona" del párrafo 4.º del art. 174.3 de la LGSS, como presupuesto para que se pueda ostentar la condición de pareja de hecho a los efectos de poder acceder a la pensión de viudedad regulada en dicho precepto.

¹⁴ Las SSTC 45/2014, de 7 de abril [Rec. 6589/2011] y 51/2014, de 7 de abril [Rec. 7142/2013] dictaminan que el párrafo 4.º del art. 174.3 de la LGSS, en su inciso "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", no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley; y la STC 45/2014, de 7 de abril [Rec. 6589/2011] concluye que la exigencia de la constitución formal, *ad solemnitatem*, de la pareja de hecho con una antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante de la pensión exigida en el párrafo 4.º del art. 174.3 de la LGSS no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social.

¹⁵ El Tribunal Supremo ha interpretado que la acreditación de la convivencia no debe realizarse exclusivamente a través del certificado de empadronamiento, que no puede calificarse de documento constitutivo, sino que es claro que la existencia de una pareja de hecho puede acreditarse de muy diferentes maneras o a través de muy diversos instrumentos probatorios que, por otra parte, pueden no ser exactamente coincidentes en todo el territorio español, dada la especificidad de determinadas Comunidades Autónomas a cuya normativa propia se refiere también el art. 174.3 de la LGSS (SSTS de 25 de mayo de 2010 [Rec. 2969/2009] y 26 de noviembre de 2012 [Rec. 4072/2011]); que la inscripción en el Registro específico o la documentación en escritura pública de la constitución de la pareja de hecho es justificación *ad solemnitatem* y constitutiva de la existencia de la pareja a los efectos de Seguridad Social, sin que pueda ser sustituida por la acreditación de la propia convivencia *more uxorio* (STS de 22 de noviembre de

El art. 174.3 de la LGSS, en su párrafo 5.º, estableció que en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezca su legislación específica; pero dicho párrafo ha sido declarado inconstitucional y nulo por vulneración del artículo 14 de la Constitución española (CE), en relación con el art. 149.1.17 de la CE, por la STC 40/2014, de 11 de marzo [Rec. 932/2012]. La citada sentencia (que incluye voto particular en contra), tras comprobar que el análisis de las leyes sobre parejas de hecho dictadas por las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio pone de manifiesto que existen diferencias entre estas normas y lo previsto con carácter general en el párrafo 4.º del art. 174.3 de la LGSS, tanto en la consideración de pareja de hecho como en su acreditación, considera que no es posible apreciar finalidad objetiva, razonable y proporcionada que justifique el establecimiento de un trato diferenciado entre los solicitantes de la pensión de viudedad en función de su residencia o no en una Comunidad Autónoma con Derecho Civil propio o que al menos cuente con una legislación específica en materia de parejas de hecho; y concluye que en el caso de la pensión de viudedad, las diferencias de criterio de residencia en una u otra Comunidad Autónoma no gozan de esa justificación objetiva, por cuanto no se aprecian razones para deducir que la situación de necesidad en relación a esta prestación es mayor o más grave en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, y la diferencia que establece la norma tampoco está justificada en atención a la finalidad de la prestación que en el caso de las parejas de hecho no es otra que la atender a un estado real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares, otorgando a tal efecto una pensión que depende en su cuantía de las cotizaciones efectuadas por el causante al régimen de Seguridad Social correspondiente. Por último, el Tribunal Constitucional indica que esta declaración de inconstitucionalidad sólo será eficaz *pro futuro*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme.

En cualquier caso, el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad se llevará a cabo siempre que (art. 174.3 de la LGSS): se acredite que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por 100 de la suma de los propios y los del causante habidos en el mismo período, o el 25 por 100 en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad; y cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del SMI vigente en el momento del hecho causante; límite que se incrementará en 0,5 veces la cuantía del SMI vigente por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente¹⁶. Dicha cuantía de ingresos deberán concurrir

2011 [Rec. 433/2011]); y que si la muerte se hubiera producido antes de que transcurriesen 2 años desde la entrada en vigor de la Ley 40/2007, no cabe exigir el rigor del plazo de antelación previsto en la misma para la acreditación de la existencia de la pareja de hecho, porque aunque se hubiera llevado a cabo la inscripción al día siguiente de la entrada en vigor de aquella norma, no hubiera cubierto la inscripción ese tiempo en ningún caso (STS de 28 de noviembre de 2011 [Rec. 286/2011]).

¹⁶ La Administración (Instrucciones provisionales para la aplicación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con el reconocimiento de pensiones - Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS - 2 de enero de 2008) mantiene el criterio de que la literalidad del art. 174.3 de la LGSS obliga a denegar la prestación si en el momento del hecho causante no concurre alguna de las dos exigencias; matizando que si se otorga la pensión de conformidad con la primera condición no existe ninguna limitación en cuanto al nivel de ingresos que impida seguir percibiéndola en el futuro, y, por el contrario, si la pensión se concede por concurrir la segunda condición debe suspenderse en el caso de que se supere el límite de ingresos (BLASCO LAHOZ, J. F. *Seguridad Social. Régimen General... cit.* págs. 755-756).

tanto en el momento del hecho causante de la prestación como durante el período de su percepción; y a efectos del cumplimiento de estos requisitos, se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo, de capital y de carácter patrimonial, en los mismos términos que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones (art. 174.3 de la LGSS).

Por último, en el supuesto de expedientes instruidos al amparo de los Reglamentos comunitarios la convivencia registrada formalmente ante la autoridad correspondiente del Estado miembro de que se trate se asimilará a la constitución de la pareja de hecho en España; de forma que el requisito de convivencia exigido para considerar que existe la pareja de hecho podrá cumplirse en el territorio del país vinculado por norma internacional de Seguridad Social, debiéndose solicitar su certificación al organismo competente del país de que se trate (Instrucciones provisionales para la aplicación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con el reconocimiento de pensiones - Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS - 2 de enero de 2008).

2. LA PENSIÓN VITALICIA DE VIUEDAD CONSECUENCIA DE MATRIMONIO HOMOSEXUAL

El derecho a la pensión de viudedad exige, con carácter general, haber contraído matrimonio previo (como acto personalísimo¹⁷) en cualquiera de las formas previstas en el Código Civil¹⁸ (STSJ del Principado de Asturias de 8 de octubre de 2004 [Rec. 3842/2003]), sin que dicha exigencia suponga una vulneración del art. 14 de la CE, puesto que no son necesariamente incompatibles con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 de la CE), siempre que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*, y siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre cónyuges y

¹⁷ STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2008 [Rec. 5230/2007].

¹⁸ El Tribunal Constitucional ha dictaminado que no cabe apreciar trato discriminatorio por razones étnicas en la denegación de aquel derecho porque, en primer lugar, el ordenamiento jurídico establece con alcance general una forma civil de acceso al vínculo matrimonial que es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica y, en segundo lugar, porque cuando el legislador ha decidido otorgar efectos legales a otras formas de acceder al vínculo matrimonial, lo ha hecho sobre la exclusiva base de consideraciones religiosas y alejado también, por tanto, de cualquier connotación étnica. Sobre el contenido de esta sentencia se formuló un voto particular (STC 69/2007, de 16 de abril [Rec. 7084/2002]); y el Tribunal Supremo ha considerado admisible que una persona que ha estado unida al sujeto causante como consecuencia del matrimonio celebrado según el rito de la iglesia evangélica de Filadelfia sí tiene derecho a la correspondiente pensión de viudedad porque el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración (art. 61 del Código Civil), y ello aunque no esté inscrito en el Registro Civil (únicamente no los tendría si dicho matrimonio perjudicara los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas); de manera que como el matrimonio existió se cumple en el solicitante de la pensión de viudedad la condición de cónyuge superviviente exigida en el art. 174.1 de la LGSS (STS de 15 de diciembre de 2004 [Rec. 6074/2003]). Las SSTSJ de la Comunidad de Madrid de 26 de enero [Rec. 4101/1998] y 17 de junio de 1999 [Rec. 1823/1999] y 14 de mayo de 2001 [Rec. 5911/2000] consideraron que el matrimonio previo se convierte en *conditio iuris* para causar derecho a la prestación de viudedad.

quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento (STC 66/1994, de 28 de febrero [Rec. 1714/1992]).

En este punto es preciso recordar que la nueva redacción del art. 44 del Código Civil llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, establece que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, y en definitiva, reconoce el derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo¹⁹. Lo que, en pura lógica, tiene como consecuencia el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad al cónyuge superviviente de un matrimonio homosexual, pues cumple la condición exigida en el art. 174.1 de la LGSS²⁰, produciéndose una ampliación del ámbito subjetivo de la protección por viudedad²¹.

En cualquier caso, las dificultades para el acceso al derecho a la pensión de viudedad se han producido en relación con las parejas de hecho homosexuales que no habían podido contraer matrimonio porque en el momento del fallecimiento del sujeto causante no existía previsión legal que permitiera dicho matrimonio²².

Inicialmente, el Tribunal Supremo no admitió la procedencia del reconocimiento del derecho a pensión de viudedad a una persona por el fallecimiento de su pareja del mismo sexo con la que convivía *more uxorio* producido antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, puesto que el objeto de dicha Ley no es eliminar una discriminación preexistente sino instaurar algo nuevo, eliminando una concepción que estimó anticuada acerca de la naturaleza de las relaciones de convivencia entre parejas de un mismo sexo, y construyendo con ello un nuevo marco de derechos y deberes que antes no tenían las parejas homosexuales, todo ello con un carácter constitutivo y novedoso, que por su propia

¹⁹ MOLINS llama la atención sobre un curioso problema que le parece que deriva de la reforma realizada por la Ley 13/2005, pues entiende que la misma deja sin resolver el problema de las personas que, sin ser pareja, viven juntos, integrando una comunidad de convivencia en la que puede haber dependencia económica, de forma que con el matrimonio homosexual quedan desprotegidas situaciones de necesidad derivadas de situaciones de dependencia económica y afectiva, como las parejas de hermanos (“Aspectos críticos de la... *cit.*, pág. 13).

²⁰ FOTINOPOULOU entiende que la Ley 13/2005 ha puesto fin a la controversia que se suscitaba en relación con el reconocimiento de la pensión de viudedad a las personas del mismo sexo por el fallecimiento de su compañero o compañera sentimental del mismo sexo, pues como es sabido, el reconocimiento de una pensión de viudedad se condiciona por nuestra actual normativa legal a la existencia de vínculo matrimonial entre causante y persona beneficiaria, por lo que la ausencia de este requisito impide que el reclamante pueda lucrar la prestación solicitada, sin que pudiera alterar esta conclusión la imposibilidad de que las parejas homosexuales contrajeran matrimonio (“El reconocimiento retroactivo de la pensión de viudedad a parejas”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2006, BIB 2006\983, pág. 1).

²¹ SESMA BASTIDA, B. “Extensión de la cobertura de la pensión de viudedad ante nuevas realidades sociales: uniones de hecho y matrimonio homosexual”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2005.

²² DESDENTADO DAROCA describe esta situación como el problema que se ha planteado en la práctica con aquellas parejas que no cumplen el requisito del vínculo conyugal por no haber podido contraer matrimonio al fallecer uno de ellos antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, que carece de una disposición transitoria “de repesca” semejante a la que, en su día, previó el legislador para las parejas heterosexuales en la dispos. ad. 10.ª de la Ley 30/1981, teniendo en cuenta que, por su parte, la Ley 40/2007, que admite la pensión de viudedad para las parejas de hecho, sí ha incluido una disposición de este tipo, pero la “repesca” se condiciona, entre otras cosas, a la existencia de hijos comunes, un requisito de difícil cumplimiento por parte de las parejas homosexuales antes de que fuera admitido en nuestro Derecho el matrimonio homosexual (“Homosexualidad y pensión de viudedad. Una reflexión crítica sobre los problemas de Derecho transitorio”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2009, BIB 2009\865, pág. 7).

naturaleza sólo tiene efectos *ex nunc* o carácter prospectivo y no retroactivo; además, puntualiza que si el legislador hubiera querido darle aplicación retroactiva lo hubiera dicho, y si el derecho ahora regulado fuera inconstitucional por discriminatorio ya hubiera sido reconocido por el Tribunal Constitucional así como el derecho consiguiente a la pensión de viudedad, de forma que estamos ante un marco nuevo de derechos que el legislador ha querido que tenga aplicación a partir de su vigencia, pues es en dicho momento en que el legislador, que es a quien únicamente le corresponde hacerlo, ha considerado que la sociedad estaba preparada para introducir tal innovación (STS de 29 de abril de 2009 [Rec. 577/2008] y STSJ de las Islas Canarias de 21 de octubre de 2010 [Rec. 557/2010]).

Ante este planteamiento, la postura del Tribunal Constitucional, al resolver un supuesto en el que planteó la discriminación por razón de sexo vulnerando el art. 14 del CE²³ por la denegación de derecho a pensión de viudedad por falta de matrimonio cuando se ha producido el fallecimiento de pareja sin matrimonio porque en ese momento no era posible el matrimonio entre homosexuales, ha sido declarar conforme a la CE la previsión legal según la cual es necesario haber contraído matrimonio para poder acceder a la pensión de viudedad en caso de fallecimiento del cónyuge²⁴ (SSTC 92/2014, de 10 de junio [Rec. 693/2013], 93/2014, de 12 de junio [Rec. 6704/2004], 115/2014, de 8 de julio [Rec. 1326/2007] y 157/2014, de 6 de octubre [Rec. 6644/2009]).

La cuestión interna de inconstitucionalidad planteada en dichas sentencias se refiere a si el art. 174.1 de la LGSS, en la medida que sólo reconoce la pensión de viudedad al cónyuge supérstite, pudiera suponer una vulneración del art. 14 de la CE, al llevar consigo una desigualdad de trato de las parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, y, por tanto, una discriminación por razón de la orientación sexual, proscrita en el segundo inciso del art. 14 de la CE²⁵, toda vez que al no existir, en el momento en que se denegó la

²³ La STC 41/2013, de 14 de febrero [Rec. 8970/2008], dictaminó que entre las prohibiciones de discriminación proscritas por el art. 14 de la CE ha de entenderse comprendida la discriminación por causa de la orientación sexual, pues si bien es cierto que esta causa no aparece expresamente mencionada en dicho precepto como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. En aplicación de esta doctrina constitucional la STSJ de 28 de enero de 2014 [Rec. 2886/2013] reiteró que existe una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley cuando la diferencia de trato que se establece entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad, sino que conduce a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas y jurídicas), la exigencia de haber tenido hijos comunes.

²⁴ El propio Tribunal Constitucional admitió que con la legislación aplicable entonces la configuración del matrimonio como unión que sólo cabía entre personas de diferente sexo era una opción del legislador acorde con la CE, sin que ello implicara, no obstante, que esa fuera la única configuración constitucionalmente legítima de la institución (STC 198/2012, de 6 de noviembre [Rec. 6864/2005]). POQUET sugiere que tras esta sentencia, sobre la constitucionalidad de la Ley 13/2005, no cabe duda que los matrimonios homosexuales son totalmente legítimos y tienen acceso a las mismas prestaciones sociales, concretamente, la pensión de viudedad, que los matrimonios heterosexuales (“Pensión de viudedad en matrimonios homosexuales”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2013, BIB 2013/703, pág. 5).

²⁵ El Tribunal Constitucional constata que la orientación homosexual comparte con el resto de supuestos mencionados en el art. 14 de la CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones

pensión posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca podían encontrarse en la situación legal exigida en el art. 174.1 de la LGSS, con la consiguiente imposibilidad de acceder a la pensión de viudedad.

La STC 92/2014, de 10 de junio [Rec. 693/2013] plantea que dentro de su amplio margen de apreciación, el legislador ha concebido la pensión de viudedad no como una institución llamada, sin más, a compensar el daño de la minoración de ingresos sufrida por el superviviente de una pareja, sino a compensar ese daño cuando se producía y el ámbito de la familia sustentada en el previo matrimonio, y, en consecuencia las uniones de hecho heterosexuales resultaban excluidas del acceso a la pensión porque pudiendo acceder al matrimonio decidían libremente no hacerlo y, por tanto, no cumplir los requisitos legales, debiendo por tanto correr con las consecuencias de ello; y las uniones homosexuales quedaban fuera de la esfera de protección porque la configuración del matrimonio en aquel momento era una configuración clásica o tradicional del mismo.

Puesto que el legislador debía de ser el que, en su caso, decidiera²⁶, al hilo de los cambios sociales, cuál era el momento en que debería proceder la extensión de la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance, no se podía declarar la inconstitucionalidad por discriminación al no ser posible legalmente en dicha fecha el matrimonio entre homosexuales; y así lo hizo con su regulación en la Ley 13/2005, de 1 de julio, lo que permitió a los cónyuges supervivientes de matrimonios homosexuales solicitar la correspondiente pensión de viudedad, como con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que extendió este beneficio, con ciertas limitaciones y requisitos, a todas las parejas de hecho estables, tanto heterosexuales como homosexuales. Una decisión que al Tribunal Supremo le parece legítima, como también le parece la de no admitir los matrimonios homosexuales como generadores del derecho a pensión de viudedad con anterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio.

Sobre el contenido de la sentencia se planteó un necesario voto particular por el Magistrado Ortega Álvarez, al que se adhirieron la Magistrada Asua Batarrita y los Magistrados Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos, en el que se sostiene que la admisión de la inconstitucionalidad porque la discriminación no se produce porque la norma tratase de forma diferenciada a las personas casadas y a las que integraban una unión de hecho libre y voluntariamente constituida, sino porque en dicho caso no existía libertad para optar entre contraer matrimonio o no contraerlo, en la medida en que la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, el matrimonio no era factible entre personas del mismo sexo, con la consecuente imposibilidad de que las uniones de hecho formadas por personas del mismo sexo pudieran cumplir con el requisito determinante del nacimiento de la prestación de Seguridad Social; y, una vez constatada la existencia de un impedimento legal que afectaba a determinadas uniones de hecho y no a otras a la hora de producirles unas consecuencias restrictivas de derecho (acceso a una determinada prestación de la Seguridad Social), debería valorarse si la regulación de la pensión de viudedad vigente en dicho momento utilizaba un criterio discriminatorio en razón de la orientación sexual, por cuanto, como las parejas de

desventajosas y contrarias a la dignidad de las personas, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente con esta minoría.

²⁶ El Tribunal Constitucional considera que en modo alguno el mismo puede actuar de legislador positivo retrospectivo, pues comprometería desembolsos económicos del erario público.

hecho del mismo sexo no podían contraer matrimonio, se establecía un requisito que en ese momento era de imposible cumplimiento para los homosexuales.

Así plantea la correcta argumentación de que si la existencia de libertad de elección es condición inexcusable para legitimar el tratamiento diferenciado de dos tipos de convivencia, matrimonial o de hecho, debería descartarse que ese fundamento legitimador del diferente trato concorra en este caso, pues la norma de Seguridad Social enjuiciada determina una exclusión absoluta del derecho a la pensión de viudedad en perjuicio de quienes no podían cumplir con los requisitos de acceso a la misma precisamente por su orientación sexual, en la medida en que los homosexuales no podían contraer matrimonio; y esa exclusión no parece que se fundamente en la finalidad a la que la pensión de viudedad sirve, que no es otra que la de compensar frente a un daño, la falta o minoración de unos ingresos de los que participa el superviviente, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los dos miembros de la pareja cuya convivencia es notoria o prolongada en el tiempo), y dichos daños y repercusiones se producían, lógicamente, igualmente en el supuesto de fallecimiento del miembro de una pareja homosexual que mantiene una relación de afectividad análoga a la conyugal pero no tenía libertad para contraer matrimonio.

A ello añade que la condición de haber contraído matrimonio, al que no tenían acceso entonces los homosexuales, era una condición jurídica de imposible cumplimiento, pero que no guardaba relación alguna con la finalidad a la que, conforme a la doctrina constitucional, sirve la pensión de viudedad en la configuración vigente en aquel momento, lo que significa que las actuales razones que justifican la pensión de viudedad concurrían igualmente entonces respecto a las parejas homosexuales que no podían contraer matrimonio, por lo que no es posible justificar la constitucionalidad de la diferencia de trato.

Finaliza indicando que aunque el legislador tiene un amplio margen de apreciación y configuración del régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y de decisión acerca de las situaciones que han de considerarse o no merecedoras de protección social, y aun cuando su objetivo sea garantizar la sostenibilidad del sistema de prestaciones sociales, nunca deberá promover dicho objetivo a través de un medio que sea discriminatorio.

Lo cierto es que la no admisión de discriminación de las parejas homosexuales en relación con la pensión de viudedad no es nueva, pues ya la STC 41/2013, de 14 de febrero [Rec. 8970/2008], que declaró la inconstitucionalidad de la dispos. ad. 3.^a c) de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social²⁷, no admitió la existencia de un trato desfavorable a las parejas homosexuales²⁸.

²⁷ Esta Ley extendió con ciertos requisitos comparativamente más rígidos, la pensión de viudedad al caso de que el sujeto causante no estuviera legalmente casado con la persona beneficiaria, rompiendo el carácter inexcusable del matrimonio, que hasta entonces sólo había sido exceptuado en aplicación de la Ley 30/1981, en los casos de parejas que no hubieran podido contraerlo por fallecimiento anterior a dicha Ley y al arrumbamiento del carácter indisoluble del vínculo (CABEZA PEREIRO, J. “Viudedad para las parejas de hecho por muertes anteriores a 2008: ¿importa la orientación sexual?”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2013, BIB 2013\702, pág. 1).

²⁸ Un detallado relato sobre el contenido de esta sentencia puede verse en RUBIO TORRANO, E. “Pensión de viudedad al superviviente de pareja homosexual”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2013, BIB 2013\1173.

En este supuesto se planteó que la citada norma legal comportaba un trato desfavorable por causa de la orientación sexual, expresamente prohibido por el art. 14 de la CE, toda vez que el requisito de haber tenido hijos en común que establecía para poder causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se produjo antes del 1 de enero de 2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007), resultaba de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho homosexuales; puesto que, además de la imposibilidad biológica, debía de tenerse en cuenta que el derecho de las parejas del mismo sexo a la adopción conjunta y la adopción individual del hijo del conviviente sólo había sido reconocido de manera reciente en algunas Comunidades Autónomas en las leyes que regulan el régimen jurídico de las parejas de hecho, y la exigencia del referido requisito, aparentemente neutral, suponía un trato discriminatorio para las parejas de hecho del mismo sexo, por su efecto excluyente de la pensión de viudedad.

Ante este planteamiento el Tribunal Constitucional dictaminó que la dispos. ad. 3.^a de la Ley 40/2007 configuró una prestación de carácter excepcional, pensada para atender situaciones de necesidad acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, como excepción a la regla general en materia de Seguridad Social conforme a la cual, la norma aplicable para causar derecho a la prestación de que se trate es la vigente en el momento de producirse el hecho causante; y justamente por ello, porque no se pretende ampliar retroactivamente la protección de la pensión de viudedad de parejas de hecho (con independencia de su orientación sexual) a cualquier supuesto, sino a concretas situaciones de necesidad acaecidas antes del 1 de enero de 2008 que el legislador ha considerado merecedoras de protección, por tratarse de uniones *more uxorio* dotadas de estabilidad y permanencia, es por lo que se establecieron una serie de requisitos sin el concurso de los cuales no cabe acceder a esta pensión de carácter excepcional.

Continuó declarando que el requisito de “que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes” para tener derecho a la pensión de viudedad cuando el hecho causante se hubiere producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 no tiene en cuenta la orientación sexual de la pareja de hecho como factor determinante del excepcional acceso retroactivo a la pensión, sino la existencia o inexistencia de descendencia común, biológica o adoptiva; es decir, que se exige a todas las parejas de hecho, con independencia de que sus componentes sean de distinto o del mismo sexo, y ello al margen de que el requisito sea de más difícil o incluso imposible cumplimiento en el caso de las parejas homosexuales, dada la imposibilidad biológica de que las parejas homosexuales tengan hijos entre sí y la imposibilidad legal de adopción conjunta por estas parejas (también de las parejas de hecho formadas por miembros de distinto sexo) hasta fechas relativamente recientes, cuando diversas Comunidades Autónomas han aprobado leyes que permiten la adopción conjunta por las parejas de hecho.

Por ello, concluyó que determinar si la diferencia de trato que el referido requisito legal contenido en la dispos. ad. 3.^a c) de la Ley 40/2007 establece entre parejas de hecho con hijos en común y parejas de hecho que no hubiesen tenido hijos comunes, responde a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada.

A modo de final, cabría proponer, como ya lo ha hecho en algún momento la doctrina laboralista²⁹, que dado que las uniones de hecho homosexuales no podían contraer matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005 por impedírsele la legislación entonces aplicable, aplicar analógicamente lo dispuesto en la disp. ad. 10.^a.2.^a de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que concedió una ficción matrimonial a quienes conviviendo no pudieron divorciarse del matrimonio anterior ni contraer nuevas nupcias porque el causante había fallecido antes de la entrada en vigor de aquella Ley, o con posterioridad pero sin que hubiera quedado tiempo para legalizar la situación, siempre que no hubiera existido negligencia en tramitar el divorcio y/o contraer nuevo matrimonio³⁰.

²⁹ LÓPEZ TERRADA, E. Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el régimen general de la Seguridad Social, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 55.

³⁰ En contra de esta proposición se sitúa POQUET (en la misma dirección se manifiesta DESDENTADO DAROCA en *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de familia. Un estudio crítico para una prestación en crisis*, ed. Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 78) que señala que no es posible la dicha aplicación analógica porque en esta materia no existe una laguna que el ordenamiento deba integrar, ya que la analogía tiene como fin atribuir a un caso no regulado el mismo tratamiento de un caso regulado similarmente, cuando en nuestro caso las parejas homosexuales están reguladas por el ordenamiento jurídico. La ausencia de excepciones a la aplicación de una norma no crea lagunas que necesiten cubrirse acudiendo a normas distintas, ni la analogía constituye instrumento válido para desplazar por otra la operatividad de la norma que regula el caso (SSTSJ de Illes Balears de 23 de mayo de 2007 [Rec. 220/2007] y de Cataluña de 9 de abril de 2008 [Rec. 118/2007]), y, por tanto, no hay vacío normativo, y no es posible acudir a la interpretación analógica (SSTSJ de Castilla y León de 14 de noviembre de 2007 [Rec. 1398/2007] y de la Comunidad Valenciana de 4 de junio de 2008 [Rec. 2582/2007] y 6 de marzo de 2009 [Rec. 1825/2008]) (“Pensión de viudedad en... *cit.*”, pág. 11), dado que mientras el matrimonio entre personas de distinto sexo es un derecho constitucional, la unión matrimonial entre personas del mismo es de creación legal, con la consecuencia inmediata de que no se pueden establecer ambas situaciones como término de comparación para establecer un juicio de igualdad, ya que en el último de los citados el legislador tiene amplio margen para configurar el sistema de previsión social y regular los requisitos de concesión de determinadas prestaciones, en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales y las necesidades de los diversos grupos sociales (STSJ de Andalucía de 22 de noviembre de 2007 [Rec. 201/2007]), y si el legislador hubiese querido que los efectos de la nueva ley se aplicasen a hechos anteriores a su vigencia debería haberlo indicado de forma expresa si lo hubiese considerado conveniente (SSTSJ del Principado de Asturias de 6 de julio de 2007 [Rec. 3485/2006] y de Cataluña de 10 de septiembre de 2010 [Rec. 3676/2009]). Así, existe doctrina judicial que alega que mientras el matrimonio entre personas de distinto sexo es un derecho constitucional, la unión matrimonial entre personas del mismo sexo es de creación legal, con la consecuencia inmediata de que no se pueden establecer ambas situaciones como término de comparación para establecer un juicio de igualdad (STSJ de Andalucía de 15 de marzo de 2007 [Rec. 3233/2006]); argumentando que el Tribunal Constitucional tiene señalado que la igualdad ante la ley proclamada en el art. 14 de la Constitución española no impide que, a través de diferentes cambios normativos, pueda producirse un trato desigual entre diversas situaciones, derivado de la diferencia de fechas en que se originaron, pues ni dicho precepto exige, en todo caso, la aplicación retroactiva de la ley más favorable, y la diferenciación normativa entre sujetos debida a una sucesión legislativa no puede considerarse, por sí sola, generadora de discriminación, y dada la complejidad que puede presentar un cambio de regulaciones, es el legislador quien debe ordenar las características de la transición normativa, bien estableciendo diversos grados de retroactividad, bien limitando la aplicación de la nueva norma a las situaciones que nazcan tras su promulgación (SSTSJ de la Comunidad de Madrid de 15 de marzo [Rec. 6432/2006] y 31 de mayo de 2007 [Rec. 1167/2007] y de Cataluña de 24 de noviembre de 2010 [Rec. 6178/2009]); y teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional ha señalado que las sucesivas alteraciones de los preceptos rectores de las prestaciones, de signo progresivamente favorable a los beneficiarios, ha obligado permanentemente a la fijación de determinadas fechas como límite temporal que posibilite o no ese tipo de nuevas y más favorables percepciones, sin que ello vulnere el art. 14 de la Constitución española, en tanto que este precepto no impide los tratamientos desiguales en el tiempo ocasionados por modificaciones normativas, debería concluirse que la Ley 13/2005 no contempla ninguna previsión que afecte a situaciones anteriores (SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de noviembre de 2007 [Rec. 1398/2007] y 6 de marzo de 2009 [Rec. 1825/2008], de Cataluña de 12 de enero [Rec. 7785/2005], 14 de junio [Rec. 2397/2007] y 14 de noviembre de 2007 [Rec. 1398/2007] y 9 de enero de 2008 [Rec. 6187/2006], de Illes Balears de 23 de mayo de 2007 [Rec. 220/2007], de Andalucía de 15 de marzo de 2007 [Rec. 3233/2006], de la Comunidad de Madrid de 18 de septiembre de 2007 [Rec. 956/2006], de 15

También algún autor ha propuesto que la solución a esta cuestión podría venir dada por la propia exposición de motivos de la Ley 13/2005, ya que se infiere de la misma que lo que hace el legislador es adaptar la regulación legal del matrimonio a la realidad social, por lo que es este el sentido de que no se reconozca efecto retroactivo alguno a la citada Ley; y al contrario de lo que ocurrió con la Ley 30/1981, en que se trataba de eliminar una prohibición que impedía el ejercicio de un derecho, con la discriminación que ello suponía, ahora de lo que se trata es de reconocer un nuevo derecho a unos sujetos que no gozaban del mismo, dada la evolución que ha sufrido nuestra sociedad en la aceptación de la convivencia entre personas del mismo sexo³¹.

Insistiéndose en el hecho de que partiendo de una existencia de situaciones parangonables, la aplicación analógica de aquella disposición sería la única vía de respeto hacia la voluntad igualitaria del legislador y de eliminación de la discriminación por razón de la orientación sexual, ya que ninguna razón convincente existe para hacer de mejor derecho a las parejas heterosexuales a la entrada en vigor de la Ley de divorcio que a las parejas de

y 16 de febrero [Rec. 5144/2006 y 5258/2006] y de 14 de julio [Rec. 495/2008] y 22 de septiembre de 2008 [Rec. 1640/2008], y del Principado de Asturias de 12 de mayo de 2006 [Rec. 2179/2005], al ampararse en el art. 1.1 de la Constitución española en el sentido de que es acorde con la concepción del Estado social y democrático de Derecho la correspondiente evolución de dicho estado legislativo (“Pensión de viudedad en... *cit.*, págs. 12-13). En definitiva, se concluye que realmente el reconocimiento de una pensión de viudedad se condiciona en el actual ordenamiento jurídico a la existencia de un vínculo matrimonial entre el causante y la persona beneficiaria, y la ausencia de este requisito impide el reconocimiento como beneficiario de la pensión de viudedad, sin que pueda alterar esta conclusión la circunstancia de que se trate de una pareja homosexual que, aun queriendo, no habría podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación vigente hasta la fecha, siendo en definitiva al legislador al que le corresponde establecer hasta qué punto y en qué condiciones se debe reconocer el derecho a la pensión de viudedad a parejas de hecho o no matrimoniales, y también determinar si el reconocimiento de tal derecho debe o no tener eficacia retroactiva, o pudiera afectar a supuestos en los que uno de los miembros de la pareja hubiera ya fallecido, pero sin que sea posible sustituir al legislador y reconocer un derecho que la legislación actual no reconoce a las parejas convivientes sin vínculo matrimonial (SJS núm. 3 de los de Pamplona de 5 de enero de 2007 [procedimiento 579/2006]). La STSJ de Cataluña de 14 de junio de 2007 [Rec. 2397/2007] resumió en las siguientes las razones para la no admisión de discriminación: 1) Desde el momento en que en cierto modo se alegan violaciones del principio de igualdad (versión genuina del art. 14 de la Constitución española) no parecen tener mucha consistencia las alegaciones *in genere* de dicho precepto constitucional por la sencilla razón de que el estado legislativo actual del Derecho español ha equiparado al efecto el matrimonio homosexual al heterosexual, y no tenemos que entender que al examen del citado precepto constitucional, en relación al hecho de que Ley 13/2005 - a diferencia *mutatis mutandis* del precedente de la Ley 30/1981 no prevé un cierto efecto retroactivo a las situaciones de las parejas de hecho anteriores a la vigencia de aquella Ley y la desigualdad anticonstitucional no puede entenderse cometida por el legislador, de acuerdo con una conocida doctrina del Tribunal Constitucional que legitima al legislador cuando establece una determinada regulación que se aparta del precedente estado legislativo, tal y como viene así dispuesto por el propio art. 1º.1 de la Constitución española en el sentido de que es acorde con la concepción del Estado social, y democrático de Derecho la correspondiente evolución de dicho estado legislativo. 2) No es comprensible que el legislador se olvidase de aquella regulación de los uniones de hecho ya extinguidas por muerte, anteriores a la vigencia de la Ley, pues en cierto modo estaba el ejemplo de la Ley 30/1981 por más que según es visto, justamente era el caso allí previsto, precisamente la imposibilidad del matrimonio por la no existencia del divorcio con anterioridad a su entrada en vigor. 3) No se trata de la aplicación analógica de las leyes *ex art.* 4º.1 del Código Civil que se defiende por remisión la Ley 30/1981, sino sencillamente se pretendía aplicación de la Ley 13/2005 a una situación no precisada en sus preceptos (de derecho transitorio), es decir, a una situación anterior a la Ley 13/2005, y la función (constitucional) de los Tribunales es claro que no se extiende a reformar las leyes, haciendo las veces de legislador, sino que su cometido es la de aplicar e interpretar las leyes y las normas de Derecho en general.

³¹ PAREDES RODRÍGUEZ, M. “Matrimonio homosexual y pensión de viudedad (Análisis de la sentencia del Juzgado de lo Social 35 de Madrid de 14 de noviembre de 2005 que reconoce el derecho de un homosexual a percibir la pensión de viudedad)”, *Información Laboral (Jurisprudencia)*, núm. 13, 2006, págs. 9-10.

hecho homosexuales a la entrada en vigor de la Ley 13/2005³² (SJS núm. 14 de los de Madrid de 25 de enero de 2005 y SJS núm. 3 de los de Palma de Mallorca de 29 de enero de 2006). De manera que la imposibilidad de aplicación con carácter retroactivo de la Ley 13/2005 atentaría contra los principios propios del sistema de Seguridad Social cuyo objetivo de protección en la cobertura de situaciones de necesidades provoca una distinción en tal protección atendiendo o no a la norma transitoria que lo prevea, y es que si en su momento se tuvo en cuenta la imposibilidad del matrimonio heterosexual por inexistencia de divorcio y vínculo de impedimento alegada antes del fallecimiento del causante, la entrada en vigor y posibilidad de los matrimonios homosexuales se comprendería en identidad de razón, donde las normas de Seguridad Social en conexión con las constitucionales, en la búsqueda de la justicia y el derecho, deberían interpretarse de forma y modo que su aplicación no frene ningún dinamismo progresivo y sea coherente con las garantías de asistencia y prestaciones sociales que postula la Constitución Española³³; y puesto que la Ley 13/2005 ha supuesto un cambio fundamental en la regulación de la familia legal y una modificación a las prestaciones de muerte y supervivencia, debería exigirse en interpretación propia de la doctrina constitucional y con el objeto de no dar lugar a situaciones discriminatorias, que la interpretación del requisito temporal no puede hacerse al margen de la finalidad de la norma, que podría quedar desvirtuada si tal condicionamiento temporal se interpreta en unos términos literales que impiden la transformación de la realidad social, y, desde esta óptica y atendiendo a criterios humanizadores, flexibles e individualizadores deberían evitarse situaciones de desprotección³⁴.

Así, las SSJS núm. 33 de los de Madrid de 25 de enero y 14 de noviembre de 2005 y núm. 3 de los de Palma de Mallorca de 29 de enero de 2006 extendieron el derecho a la pensión de viudedad al conviviente que no pudo contraer matrimonio con el causante por impedirlo la legislación vigente hasta la Ley 13/2005, siempre y cuando el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad a la misma Ley, y, empleando como argumento principal un criterio humanizador y flexible, admiten que puede postularse una extensión de las mismas consecuencias que fueron previstas en la dispos. ad. 10.^a de la Ley 30/1981, responsable de ampliar el hecho causante de la pensión de viudedad cuando equipara el requisito de la existencia de vínculo matrimonial con la convivencia de hecho en las circunstancias previstas en aquella disposición, que requieren el triple elemento de la convivencia de la pareja, la imposibilidad legal de contraer matrimonio antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 y el fallecimiento del causante con anterioridad a ello; y sin que dicha postura signifique una operación de interpretación analógica en *stricto sensu*, por partir de un elemento de situación normativa que aquí no se da³⁵ –una laguna legal que sea

³² LÓPEZ TERRADA, E. Uniones matrimoniales y uniones... cit., pág. 56.

³³ BENITO-BUTRÓN OCHOA, J. C. "Pensión de viudedad y derecho de familia", AA.VV. *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 539.

³⁴ KAHALE CARRILLO, D. T., "La incidencia de la pensión de viudedad en los matrimonios homosexuales", *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2008, pág. 235.

³⁵ La STSJ del Principado de Asturias de 6 de julio de 2007 [Rec. 3143/2007] no admitió el derecho a pensión de viudedad porque la dispos. ad. 10.^a de la Ley 30/1981 regulaba un supuesto totalmente diverso al previsto en la Ley 13/2005 pues no poder contraer matrimonio personas de distinto sexo por impedirlo la regulación anterior que no admitía el divorcio en nada coincide con el supuesto presente que se refiere a un matrimonio entre personas del mismo sexo, y, por lo tanto, no se acreditan los presupuestos para aplicar la analogía en los términos del art. 4.1 del Código Civil pues ni hay ni identidad de razón, ni semejanza entre los supuestos de hecho de aquella dispos. ad. y el

necesario colmar por parte del órgano jurisdiccional–, sino de la aplicación de los argumentos de equidad y de interpretación acorde con el tiempo de aplicación³⁶.

En concreto, la SJS núm. 14 de los de Madrid de 25 de enero de 2005, consideró que es reconocible el derecho de un homosexual a percibir la pensión de viudedad, dictaminando que si la dispos. ad. 1.^a de la Ley 13/2005 indica que las disposiciones que contengan referencias al matrimonio se aplicarán con independencia del sexo de sus integrantes, y una de ellas es la dispos. ad. 10.^a.2 de la Ley 30/1981, establecida para la regulación del acceso a la prestación de viudedad, la única manera de aplicarla en adecuada correspondencia con la voluntad igualitarista del legislador, es hacerla con independencia de la orientación sexual de los integrantes de la pareja de hecho; y para en definitiva conseguir que la orientación sexual no constituya un elemento de discriminación al momento de aplicar la dispos. ad. 10.^a.2 de la Ley 30/1981, el derecho que allí se reconoce hoy debe traducirse para resolver supuestos de hecho en el que el obstáculo para acceder a la prestación de viudedad no es otro que dicha orientación sexual.

Con posterioridad la STSJ del Principado de Asturias de 16 de noviembre de 2007 [Rec. 964/2007] admitió el derecho a pensión de viudedad argumentando que la Ley 13/2005 no contiene ninguna aplicación de retroactividad en sus disposiciones, pero en su dispos. ad. 1.^a, que regula su aplicación en el ordenamiento, establece que las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes, lo que significa que esta disposición determina la aplicación de cualquier norma del ordenamiento jurídico que reconozca derechos o beneficios a una persona por razón de su matrimonio, y, en consecuencia, la plena aplicación y vigencia de la dispos. ad. 10.^a.2º, de la Ley 30/1981; y la vigencia de esta norma y su referencia al matrimonio determina su aplicación al supuesto concreto en el que concurre una convivencia *more uxorio* hasta el fallecimiento acaecido con anterioridad a la Ley de 2005, no a la de 1981, y una imposibilidad de contraer matrimonio que tenían los integrantes de esa unión por impedirselo la legislación vigente, debiendo, en consecuencia, reconocerse la pensión de viudedad, sin que tal reconocimiento suponga equiparación alguna entre las uniones de hecho y el matrimonio, debiendo entenderse, al igual que se entendió en su día tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981, que, transitoria y provisionalmente, reconocía, y ahora reconoce, pensiones y demás derechos pasivos a quienes, heterosexuales y homosexuales, conviviendo *more uxorio*, no podían contraer matrimonio por impedirlo la legislación vigente al momento del fallecimiento de uno de ellos.

presente ni ausencia de norma pues tal norma existe, la Ley 13/2005, lo que sucede es que lo regula de forma diversa.

³⁶ FOTINOPOULOU BASURKO, O. “El reconocimiento retroactivo de... *cit.*”, pág. 4.

