

Sentencia TC 124/2014, de 21 de julio (BOE n. 198, de 15 de agosto). Pensión de viudedad en parejas homosexuales

ANTONIO OJEDA AVILÉS
Presidente del Instituto Europeo de Relaciones Industriales
 <https://orcid.org/0000-0002-5752-365X>

I. LA IMPORTANCIA DEL PROCESO EVOLUTIVO EN LA MATERIA HOMOSEXUAL

La cuestión de si el miembro superviviente en una unión de dos personas del mismo sexo tiene o no derecho a una pensión de viudedad cuando el causante falleció habiendo cumplido con los requisitos exigidos a las uniones de distinto sexo, continúa aun suscitando debate a pesar de la indudable evolución hacia la equiparación plena a la que asistimos desde hace unos veinte años. Como resulta bien conocido, los cambios legales afectan sustancialmente a las prestaciones de largo recorrido como son las pensiones, requeridas de largos períodos de acreditación o seguro, cuya fragmentación a causa de los cambios y cuya validación a causa de nuevos requisitos pueden poner en peligro el entero crédito del pensionista. En el caso de las parejas homosexuales los cambios legislativos han sido además muy rápidos, y no es seguro que hayan venido acompañados de un paralelo cambio de perspectiva por la población y los tribunales, anclada y anclados con demasiada frecuencia en seculares convicciones demonizadoras de la realidad.

El punto de partida radica en el Código Civil, artículo 44, un escueto precepto en donde desde su primera redacción, hacía más de cien años, indicaba que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”. Con independencia de los problemas suscitados con la herencia, aquí nos interesa la dinámica de la pensión de la Seguridad Social para la persona superviviente, totalmente negada en esa versión secular donde se dibujaba una composición heterosexual y matrimonial, hasta la Ley 13/2005 añadió al párrafo otro igualmente escueto en donde se proclamaba la equiparación de las parejas de hecho: “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. La adición allanó el camino para un tratamiento más igualitario, desde luego, pero ni aclaró si las fórmulas *homo* quedaban equiparadas dentro del mismo contenedor matrimonial, ni abocó a los mismos requisitos, ni se le concedieron los mismos efectos, como veremos.

La sentencia TC 124/2014, donde el profesor y magistrado Valdés fue ponente y al mismo tiempo voto minoritario, se ubica en el centro del debate, pues en ese año 2014 se habían producido ya las dos “mutaciones” legales básicas: en primer término había ocurrido la equiparación formal acabada de mencionar en el artículo 44 del Código Civil, y dos años más tarde la Ley 40/2007 había reformado la Ley General de Seguridad Social para abrir una vía de reconocimiento de la pensión a las parejas de hecho que habían comenzado a autorizar las Comunidades Autónomas con autonomía normativa civil¹: “En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio —dice—, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”.

Pero aún permanecían muchas incógnitas, hasta el punto de que la pensión al superviviente le era denegada por una razón adjetiva aparentemente secundaria: por el transcurso del tiempo, cuando el hecho causante se había producido bajo la vigencia de la ley anterior. Ocurre que, contra lo que

¹ La Ley 40/2007 añade un párrafo al artículo 174, apartado 5, de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) 1/1994, que sería derogada por la LGSS 8/2015, de 30 de octubre.

pudiéramos suponer en estos casos, sobre los cuales ha prevalecido durante tanto tiempo una opinión pública contraria, haciéndonos pensar en su fragilidad y, por ende, en la precariedad y fugacidad de estas uniones, los supuestos llegados a los tribunales hacían referencia a una vinculación sentimental o *afectio* de muy larga duración: más de veinte años había durado la relación establecida en el caso que nos ocupa; más de cuarenta, en la otra sentencia a la que se remite su voto particular, la STC 92/2014; y por su parte, la STC. 115/2014 refiere el caso de una pareja que había convivido más de 34 años “como si de un matrimonio se tratase”, hasta la muerte de D. Jaume Mallol. Y en ellos, la pareja que solicitaba la pensión solía reunir el requisito de carencia de medios en el grado exigido por la ley.

Antes de profundizar en el caso y su regulación, preciso será prevenir al lector sobre un aspecto formal. El protagonismo del magistrado Valdés en la sentencia pudiera parecernos a primera vista bastante secundario, porque si bien es el ponente de la sentencia, a renglón seguido se adhiere a un voto particular que no se debe a él, sino a otro magistrado, y no en esta sentencia, sino en otra anterior: me refiero al voto particular del magistrado L.I. Ortega Álvarez, también suscrito por la magistrada A. Asua Batarrita, en la STC 92/2014, de 10 de junio, ya citada más arriba. Tanto Valdés como Asua se limitan ahora a decir que ya en su momento se habían adherido al voto minoritario de la 92/2014, y a fin de evitar repeticiones innecesarias, daban por reproducidos los argumentos allí expuestos. La ausencia del principal impulsor del voto, Ortega Álvarez, quedaba justificada porque la 92/2014 era una sentencia del pleno del TC, con todos sus magistrados: once magistrados, incluido su presidente, Excmo. Sr. Francisco Pérez de los Cobos, en tanto que la aquí comentada provenía de la Sala Segunda, donde formaban parte seis de ellos, presididos por la magistrada A. Asua Batarrita. Faltaba también otro magistrado que solemos hallar formando grupo con Valdés y Asua, el magistrado Xiol Ríos, perteneciente asimismo a la Sección Primera. El frecuente pronunciamiento en grupo consolidado que vemos en las sentencias sobre las parejas homosexuales y en otros temas responde por lo común a la designación por partidos políticos de una parte del TC, cuyo debate sobre si las cámaras parlamentarias deben o no entrar en la designación pertenece a otro lugar. El otro grupo, denominado “conservador”, en el que solían aparecer los magistrados Pérez de los Cobos, Rodríguez Arribas, Aragón Reyes, Ollero Tassara, y González Rivas, aparece presentando un voto particular en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que desestimó el recurso del Partido Popular contra la ley 13/2005, sobre modificación del artículo 44 del Código Civil, citada más arriba.

El aparente desinterés del magistrado Valdés no es tal: a lo largo del año 2014 se dictan no menos de seis sentencias sobre el tema (SS.TC. 40/2014, 92/2014, 93/2014, 115/2014, 116/2014, 117/2014), y en ellas tanto los ponentes como los votantes minoritarios han ido cambiando y no ha sido raro encontrar a un magistrado que ha expuesto primero el parecer mayoritario, y a renglón seguido ha planteado un voto minoritario o se ha adherido a alguno. Tal sucede también con el magistrado L.I. Ortega Álvarez en la importante sentencia 92/2104, de 10 de junio. Igualmente ocurre en la STC 93/2014, de 12 de junio, con el mismo ponente, quien formula asimismo el voto particular al que se adhieren Xiol Ríos, Valdés Dal-Ré y Asua Batarrita. La STC. 116/2014, de 5 de agosto, que tiene como ponente al magistrado Valdés Dal-Ré, ve después formular la adhesión de éste al voto particular de Ortega Álvarez en la ya citada STC 92/2014, al cual se adhiere también la magistrada A. Asua Batarrita. En la 124/2014, de 21 de julio, es de nuevo ponente Valdés, quien después firma su adhesión al voto particular de Ortega Álvarez en la sentencia 92/2014. En cambio la STC. 157/2014, de 6 de octubre, Sala Primera, tiene como ponente al magistrado Martínez Vares, y un voto particular firmado por diferentes magistrados, L. I. Ortega Álvarez y J.A. Xiol Ríos, que se remiten al de la STC 92/2014, tantas veces comentado.

Valdés ha influido con su debate como ponente en dos sentencias mayoritarias y también como firmante en el voto particular de otras varias, incluso aunque el autor material del mismo hubiera sido un magistrado distinto. Cabría preguntarse por el motivo de esta sobreactuación, que posiblemente tenga que ver con la cuestión del reparto de materias en el seno de la Sala a la que pertenecía: un

magistrado *debe* exponer cuando le toque el parecer mayoritario aunque no participe de él, pero después *puede* también expresar su opinión particular o minoritaria.

II. EL CASO DEL SR. MAHONEY MORTON

La *causa iuris* de la STC 124/2014 nace con la muerte del Sr. Reverte en 1999, después de más de veinte años de “una relación de pareja estable análoga al matrimonio” con el señor Guillermo Malcom Mahoney Morton, quien solicita entonces del Instituto Nacional de la Seguridad Social la pensión de viudedad, que le es denegada, momento en el cual presenta demanda ante el Juzgado Social 22 de Madrid, donde también le es denegada. Discurre ante el TSJ de Madrid con igual resultado, y así llega al Tribunal Constitucional en 2014, es decir, quince años después del óbito, y el TC le advierte que si bien el Código Civil había sido reformado por la Ley 13/2005 en el sentido de equiparación entre matrimonios de distinto sexo y los del mismo sexo. Los tribunales mencionaban también la Disposición Adicional 10, apartado 2, de la Ley 30/1981, de reforma de la regulación del matrimonio en el Código Civil, a tenor del cual “Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente”. Pero el siguiente apartado otorgaba la pensión al cónyuge legítimo, inexplicablemente. El hecho causante había ocurrido bajo la vigencia de la normativa antigua del Código Civil de 1889, y era ésta, *volens nolens*, la aplicable, con toda su carga secular.

El problema gravitaba, por consiguiente, en la cuestión de si la pensión se regía por la normativa actual o bien por la del momento en que se producía ese hecho causante. Y el TC concluía que el problema no era de trato desigual inconstitucional, sino de Derecho Transitorio, tal y como habían resuelto ya varias sentencias de ese mismo año 2014, en especial la 92/2014. Un problema frecuente en otros temas parecidos como por ejemplo los de herencia, donde la evolución del Derecho Común y de algunas Comunidades Autónomas ha provocado situaciones similares.

En el momento del deceso del causante, por tanto, las uniones de hecho homosexuales, al igual que las heterosexuales, quedaban fuera del campo de reconocimiento de las pensiones, porque el legislador mantenía la configuración clásica o tradicional del matrimonio, y éste era la clave de arco del derecho a pensión de viudedad. Así pues, el Tribunal no aprecia la vulneración del artículo 14 de la Constitución. Pues, por un lado, el legislador tiene la capacidad de regular las diversas situaciones de distinto modo cuando tenga una razón constitucionalmente admisible, pudiendo incluso no ofrecer un tratamiento similar allí donde la relación debatida sea *more uxorio*, equivalente a la del matrimonio, pero la pareja haya optado voluntariamente por no celebrarlo. E incluso puede mantener un distinto tratamiento cuando, como es el caso de las parejas de hecho de mismo sexo, se ven impedidas de contraer matrimonio, porque de no existir tal libertad es necesario valorar si la causa impeditiva pugna o no con los principios y reglas constitucionales. Y entiende que el requisito del vínculo matrimonial no pugna con el artículo 14 de la Constitución, ni tampoco las medidas públicas que otorguen un trato más favorable al matrimonio (Fundamento Jurídico 4, con cita de las SSTC 92/2014, 184/1990 y 66/1994, y Auto TC 222/1994, de 11 de julio). Se trataría, por decirlo con una terminología más conocida en el Derecho del Trabajo, de una discriminación positiva, como las preferencias que en ciertos casos se ofrecen a la mujer y a algunas minorías en materia de empleo, tanto en Europa como en Estados Unidos, para superar con mayor premura el *gap* de los grupos desfavorecidos. Una similitud con tales discriminaciones positivas, me apresuro a decir, que acaba en la mecánica, puesto que solo muy relativamente puede entenderse que los esposos heterosexuales constituyen una parte desfavorecida de la población en materia de pensiones, siendo las minorías en este caso las de matrimonios de hecho y homosexuales.

Quizá el TC podría haber terminado aquí su argumentario y haber procedido a la parte dispositiva, pero guarda en la manga un elemento dialéctico que en poco tiempo tendría un excepcional relieve, aunque en ese momento aún se hallara en los albores. Y es que el TC acude como argumento suplementario al control o test de convencionalidad, la comparación de sus decisiones con lo establecido en los Convenios Internacionales de la materia, en este caso concretado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del Consejo de Europa. En la sentencia Mata Estévez c. España, de 10 de mayo de 2001, el TEDH había considerado que la restricción española a solo los cónyuges de un matrimonio de distinto sexo respondía a una causa legítima, la protección de la familia fundada en los vínculos del matrimonio, y existía proporcionalidad entre el fin y los medios utilizados; respecto a las uniones homosexuales, el TEDH entendía que un trato diferenciado entraba dentro del legítimo margen de apreciación del Estado, pues no es exigible una estricta igualdad ante la ley allí donde existen diferencias. El caso Mata Estévez se refería a una pareja homosexual que había cohabitado durante más de diez años, hasta que uno de ellos muere en accidente de coche en 1997, y el supérstite solicita en el mismo año al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) la pensión de viudedad, aunque solo percibe de éste la compensación por gastos funerarios, al no haber contraído matrimonio. Mata Estévez acude entonces a los tribunales españoles y después al TEDH alegando la infracción de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo, en cuanto discriminación injustificada, y el TEDH considera válida sin embargo la opción española, pues la protección de la familia que contempla el texto internacional no ampara a las parejas de hecho, como ya había establecido en los casos X e Y c. Reino Unido, de 3 de mayo de 1983, y S. c. Reino Unido de 14 de mayo de 1986. El texto europeo dice lo siguiente:

Artículo 8. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Artículo 14. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Agrega que, pese a la creciente tendencia en cierto número de Estados miembros de reconocer la relación estable de parejas homosexuales, cada país dispone aún de un amplio margen de apreciación debido al pequeño espacio común existente en el tema entre los países miembros. Y concluye que el fundamento de la protección de la familia basada en el matrimonio convencional es un argumento legítimo y proporcionado.

Podríamos entrar a debatir la corrección de semejante trato diferencial en parejas que han demostrado un *afectio* y una devoción entre sí similares a las heterosexuales. De cualquier modo, este argumento del test de convencionalidad se le vuelve en contra al TC español cuando contemplamos el panorama de instrumentos internacionales en toda su dimensión, pues la postura del TEDH halla su contraposición en otras fuentes internacionales de igual o mayor nivel que éste. Si tradicionalmente hemos entendido que el TEDH era el tribunal internacional más propenso a las nuevas ideas allí donde su doctrina discrepaba de la de otros tribunales homólogos, en esta ocasión las aguas bajan del revés y el TEDH queda rezagado claramente respecto de los otros Organismos. Pues en efecto, si bien la amplitud del Convenio Europeo de Derechos Humanos le permitía desplegar un tratamiento amplio que comprendía también aspectos como la filiación y la adopción de niños por tales parejas, era después de todo un Convenio vetusto, y su posición matizada quedó bien pronto atrás respecto a la más moderna doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Así lo entiende por ejemplo Clérico, para quien el TEDH practica un examen “leve” del principio de igualdad, aunque va cambiando, en tanto que la CIDH realiza un examen “estricto” de igualdad.

Desde nuestra perspectiva reviste mayor importancia la contraposición entre el TEDH y el TJUE, quizá porque el segundo se halla sujeto a una mayor hibridación a partir de sus orígenes mercantiles —el Mercado Común— que influye sutilmente en la formulación de las posiciones sociales, aunque también influya en sentido contrario la distinta base normativa de ambos tribunales, de dos artículos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, frente a una Directiva tan potente como es la 2000/78/CE, monográfica sobre igualdad, en el campo de la Unión Europea. Como ya se advirtió, esa “historia de dos ciudades” ha sido interpretada en los ambientes laborales como de un mayor avance del TEDH respecto del TJUE, especialmente desde que unos casos sobre libertad sindical se saldaran tan extrañamente por este último (casos de 2007 Viking C-439/05 y Laval C-342/05, y de 2008 Rüffert C-346/06), en tanto que otros similares supusieran ante el TEDH un paso adelante (caso Demir y Baykara c. Turquía de 12 de noviembre de 2008).

Pues bien, en materia de parejas homosexuales la posición del TJUE aparece más igualitaria que la del TEDH, desde el punto y hora en que adopta una posición enérgica de igualdad incluso en supuestos accesorios como son las pensiones complementarias y otras prestaciones secundarias basadas en normas no estatales. Así, en la S.TJUE (Gran Sala) de 1 de abril de 2008, Tadeo Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen C-267/06, la denegación al Sr. Maruko de la pensión complementaria de viudedad establecida por los estatutos de la Caja de Pensiones del Teatro Alemán, al tratarse de una pareja homosexual, venía considerada contraria a la Directiva 2000/78/CE, sobre igualdad. Del mismo modo se consideraba contrario a dicha Directiva en la S.TJUE de 12 de diciembre de 2012, Frédéric Hay c. Crédit Agricole Mutuel de Charente Maritime C-267/12, el convenio colectivo que reservaba a los trabajadores que contraían matrimonio el pago de ciertos permisos y licencias especiales, cláusulas que se habían extendido a todo el sector bancario francés. El Sr. Hay había contraído un pacto civil de convivencia (PACS) con el causante, pese a lo cual Crédit Agricole había denegado la prima por matrimonio.

Podemos decir, en consecuencia, que si bien la sentencia TEDH Mata Estévez de principios de la década de 2010 reforzó la posición del TC español en torno al matrimonio tradicional como institución preferente, las del TJUE Tadeo Maruko y Frédéric Hay de finales de esa misma década la pusieron en entredicho, desde el punto de vista del test de convencionalidad, al confrontar las diferencias entre las distintas clases de unión con la enérgica apuesta uniformadora de la Directiva 2000/78 sobre igualdad.

La doctrina del TC en torno a las parejas homosexuales ha quedado de la forma antevista desde entonces, con una equiparación total de las parejas homosexuales posteriores a las leyes de reforma 13/2005 y 40/2007, y una exclusión del régimen de pensiones de viudedad cuando el óbito se produjo antes de la reforma. Ello significa una desprotección de las parejas homosexuales con óbito anterior a esas leyes, lo que no implica un desmesurado tiempo para las pensiones de viudedad, pues el hecho causante puede producirse a una edad temprana del superviviente. Después de esas leyes, en resumen, hay dos vías para el reconocimiento de la viudedad homosexual: bien haber contraído matrimonio (civil), o bien haberse constituido en pareja de hecho, cada situación con sus propios requisitos.

El profesor Valdés supo mantener en esta sentencia, como en todas las que le tocó elaborar el parecer de la mayoría, un nivel técnico sobresaliente, aun cuando después pudiera discrepar de ella, siempre desde el mismo nivel pero en base a su legítima interpretación que sabía supeditar la tradición a los tiempos actuales, en base al viejo criterio hermenéutico del artículo 3 del Código Civil: las normas se interpretarán según “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Una tarea no tan fácil, por la fuerza que en la jurisprudencia tiene el precedente.