

## Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2016, de 25 de abril [BOE n.º 131, de 31-V-2016]

### **INCONSTITUCIONALIDAD DEL REQUISITO DE EXISTENCIA DE HIJOS COMUNES PARA QUE LA PAREJA DE HECHO PUEDA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN EL DERECHO TRANSITORIO DEL RÉGIMEN DE CLASES PASIVAS**

El Tribunal Constitucional ha revisado en los últimos años algunos aspectos polémicos de la regulación sobre el acceso a la pensión de viudedad por los supervivientes de una pareja de hecho que introdujo la Ley 40/2007, en vigor desde el 1 de enero de 2008, dando respuesta a diversas cuestiones de inconstitucionalidad elevadas al mismo por diferentes órganos judiciales y que no han dejado de suscitar la atención de la doctrina [DESDENTADO DAROCA, Eva. 2013: *La pensión de viudedad. Retos de Derecho de Familia y reflexiones sobre las últimas reformas*. Albacete: Bomarzo. DÍAZ AZNARTE, M.<sup>a</sup> Teresa. 2015: «Parejas de hecho “acreditadas” y pensión de viudedad. El triunfo del formalismo frente a la justicia material». *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2015, número extraordinario: 167-176. KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. 2016: «La pensión de viudedad en las parejas de hecho: criterios jurisprudenciales». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*: 2016, 187, 95-118].

Apartándose de la tradición del ordenamiento jurídico que venía reservando la protección en situaciones de muerte y supervivencia a las uniones matrimoniales, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, permitió que las parejas de hecho (tanto homosexuales como heterosexuales) puedan acceder a la pensión de viudedad, si bien la protección dispensada no se ha producido equiparando plenamente dichas uniones a las conyugales, sino que se ha optado por integrarlas de forma limitada en el ámbito subjetivo de la pensión de viudedad, imponiéndoles requisitos y condiciones que difieren de los aplicables a los viudos y viudas matrimoniales. En primer término, la protección no incluye a todas las parejas de hecho, sino únicamente a aquellas que reúnen determinados requisitos formales y de convivencia y, en segundo lugar, se exige a las parejas de hecho la existencia de un desequilibrio económico o un estado de necesidad que no resulta exigible al superviviente de una relación conyugal.

El radical giro que supuso la protección social de las parejas de hecho determinó que algunas de ellas se vieran sorprendidas por la imposición de unos requisitos que no cumplían en la fecha del fallecimiento, habiendo ocurrido este antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, y sin posibilidad de acreditarlos posteriormente, con el resultado de privación definitiva del derecho a la pensión de viudedad.

Esta es la razón principal de que la Ley 40/2007 viniera a establecer (para el Régimen General de la Seguridad Social), en su disposición adicional 3.<sup>a</sup>, un régimen transitorio que permite, con carácter excepcional, el reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho cuando, habiéndose producido la muerte antes del 1 de enero de 2008, concurren una serie de circunstancias de carácter acumulativo. Tal posibilidad se permite también en el Régimen de Clases Pasivas (y en términos

prácticamente idénticos) a partir de la aprobación de la disposición adicional 15.<sup>a</sup> Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008, que bajo el rótulo de «pensión de viudedad en supuestos especiales» establece lo siguiente:

Procederá el derecho a pensión de viudedad por el Régimen de Clases Pasivas del Estado, cualquiera que sea su legislación reguladora, así como por la legislación especial de guerra, cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que a la muerte del causante no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.
- b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho del causante en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 4 del artículo 38 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, en la redacción dada por la presente Ley, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste.
- c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.
- d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.
- e) Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá como fecha de efectos económicos la del día primero del mes siguiente al de la solicitud.

Ambas disposiciones tienen un objetivo claro: dotar de retroactividad al reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad otorgado a las parejas de hecho cuando el causante de la pensión ha fallecido con anterioridad al 1 de enero de 2008 (fecha de la entrada en vigor de dichas normas).

La exigencia de haber tenido «hijos comunes», contenida en dicho apartado c) de la disposición adicional 15.<sup>a</sup> Ley 51/2007, ha sido objeto de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la sentencia comentada, si bien para su correcto análisis resulta imprescindible tener en cuenta el juicio de constitucionalidad que sobre la disposición adicional 3.<sup>a</sup>, apartado c) Ley 40/2007, fue realizado con anterioridad por el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 41/2013, de 14 de febrero. Y ello porque, tal y como sostuvo la Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, existe una configuración prácticamente idéntica en ambas regulaciones (que se dictan casi al mismo tiempo y con la misma fecha de entrada en vigor) que obedece a un mismo fundamento, cual es reconocer a las parejas de hecho que acreditan una convivencia análoga a la matrimonial las prestaciones que hasta ese momento solo se reconocían respecto a las uniones matrimoniales.

La expresada identidad de fundamento y regulación que se observa en las dos disposiciones legales cuestionadas determina que los razonamientos en los que la STC

41/2013 basa la invalidez constitucional del requisito de la existencia de hijos comunes del causante y del beneficiario [letra c) de la disposición adicional 3.ª Ley 40/2007] resulten plenamente de aplicación para enjuiciar la validez constitucional de la letra c) de la disposición adicional 15.ª Ley 51/2007 (y ello pese a que el Abogado del Estado considere que «los distintos regímenes de Seguridad Social no son términos homogéneos de comparación a los efectos del artículo 14 de la Constitución»).

Con independencia del supuesto concreto dirimido en el proceso subyacente en el que se pronunció la STC 41/2013 y el que se da en el proceso del que trae causa la presente cuestión, lo cierto es que la STC 41/2013 declara la invalidez del requisito de existencia de hijos comunes del causante y del beneficiario, por infracción del principio de igualdad del art. 14 CE, con independencia de que se trate de una pareja de hecho heterosexual u homosexual, pues la reiterada Sentencia entiende que el trato desigual, no justificado ni proporcional, no confronta parejas de hecho heterosexuales y homosexuales, sino que la distinción opera entre las parejas de hecho en las que el causante falleció antes del 1 de enero de 2008 y aquellas en las que el causante falleció después de dicha fecha, con independencia de su orientación sexual en ambos casos. El Tribunal Constitucional rechazó que la exigencia del requisito de existencia de hijos comunes de la pareja de hecho pueda tener justificación, tanto en la necesidad de acreditar de forma inequívoca una efectiva y estable convivencia *more uxorio* entre el causante y el beneficiario, a fin de evitar posibles reclamaciones abusivas o fraudulentas, como en una pretendida finalidad de otorgar protección social a una concreta situación de necesidad (FFJJ 7 y 8 de la STC 41/2013). Es más, el máximo intérprete constitucional considera que el requisito cuestionado «introduce una exigencia de imposible cumplimiento, no solo en el caso de parejas de hecho homosexuales, por la imposibilidad biológica de tener hijos comunes, o de adoptarlos hasta hace relativamente poco tiempo, sino también en el caso de parejas heterosexuales en las que por razones de infertilidad no podían tener hijos comunes, ni tampoco era factible legalmente hasta hace poco tiempo la adopción conjunta».

Todo lo anterior hace que el Tribunal estime en la STC 41/2013 que esta exigencia de la letra c) de la disposición adicional 3.ª Ley 40/2007 infringe el principio general de igualdad ante la ley del artículo 14 CE, puesto que además de no estar objetivamente justificada, en relación con la finalidad de la prestación de viudedad, lleva a un resultado desproporcionado al impedir, injustificadamente, el beneficio de la prestación a determinados supérstites que no pueden cumplir ese requisito por razones biológicas o jurídicas [en parecidos términos se pronunció la STSJ Castilla-La Mancha, de 11 de junio de 2013 (JUR 2013, 238029)].

Con posterioridad, el propio Tribunal Constitucional, en la STC 188/2014, de 17 de noviembre, estimó un recurso de amparo que traía causa de un proceso en el que, al igual que en el presente caso, se desestimó la pensión de viudedad del supérstite de

una pareja de hecho heterosexual por no cumplir el requisito de la existencia de hijos comunes que establecía la referida letra c) de la disposición adicional 3.ª Ley 40/2007.

A partir de todo lo anterior, cuando el Tribunal Constitucional, en su sentencia n.º 81/2016, de 25 de abril, entra a conocer de la cuestión de inconstitucionalidad 7331-2015, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, si bien reconoce que los supuestos contemplados en ambos pronunciamientos no son idénticos (en tanto la STC 41/2013 se refería a una pareja de hecho homosexual y a una pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social, mientras que en el supuesto analizado en la STC 81/2016 se trata de pareja de hecho heterosexual y sometida la prestación al Régimen de Clases Pasivas del Estado), lo cierto es que en ambos se cuestiona un requisito declarado ya inconstitucional por la STC 41/2013.

Tal y como reconoce el propio Tribunal, «para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos», descartando que «el requisito legal cuestionado» pudiera «ser entendido como un indicador inequívoco de la existencia efectiva de la relación de convivencia *more uxorio* que se pretende proteger, pues ni la circunstancia de haber tenido hijos en común acredita una mayor estabilidad o solidez de la unión de hecho, ni dicha circunstancia constituye el único medio de prueba posible sobre la estabilidad de la pareja» (FJ 7).

Por otra parte, si bien «la mayor situación de dependencia económica que puede suponer, al menos en hipótesis, la existencia de hijos en común de la pareja de hecho a cargo del miembro supérstite (cuando los hijos sean menores de edad o discapacitados)» podría considerarse como justificación objetiva y razonable del requisito legal cuestionado, sin embargo, a juicio del Tribunal, «lo relevante para el legislador en el precepto cuestionado no es que sobrevivan hijos comunes de la pareja de hecho que dependan económicamente del progenitor superviviente, sino, exclusivamente, que la pareja de hecho haya tenido descendencia en común», lo que revela una diferencia de trato «carente de una justificación objetiva y razonable», porque no responde a la finalidad de la pensión (contributiva) de viudedad, que no es otra sino resarcir frente al daño que se produce al actualizarse la contingencia (la muerte del causante), por la falta o minoración de ingresos de los que participaba el supérstite, otorgando a tal efecto una pensión que depende en su cuantía de las cotizaciones efectuadas por el causante al régimen de Seguridad Social correspondiente».

Tal declaración de inconstitucionalidad es aplicable a la letra c) de la disposición adicional 15.ª Ley 51/2007, a partir de las mismas razones que llevaron al Tribunal Constitucional a descartar la ausencia de justificación objetiva relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad, sin que tal conclusión pueda verse afectada por la distinta orientación sexual de la pareja o por el hecho de que la beneficiaria esté sometida al régimen de Clases Pasivas, «en tanto que la mayor

estabilidad y permanencia del régimen funcional frente al laboral no torna en justificada y proporcionada la diferencia de trato que se establece entre parejas de hecho en razón a que hubieran tenido o no hijos en común», sin olvidar, con muy buen criterio, que no son escasos los colectivos de funcionarios que ya están incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. La referida sentencia contiene un Voto particular (que formula el presidente, D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, al que se adhiere el magistrado D. Andrés Ollero Tassarra), en términos analógicos al planteado frente a la STC 41/2013.

Pese al innegable avance social que suponen ambos pronunciamientos, lo más criticable, sin embargo, es que esta declaración no permite que quienes (por no cumplir el requisito de haber tenido hijos en común con el causante) no solicitaron la pensión de viudedad prevista en la citada disposición adicional en los doce meses siguientes a la entrada en vigor de dicha Ley puedan reclamar ahora la pensión, toda vez que el requisito temporal de la solicitud no ha sido cuestionado ni cabe que el Tribunal Constitucional extienda al mismo la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la letra c) de dicha disposición, al no concurrir entre uno y otro inciso la conexión o consecuencia que para extender la declaración de nulidad exige el artículo 39.1 LOTC, así como tampoco permite revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, en los que se haya hecho aplicación de lo dispuesto en la letra c) de la citada disposición adicional (art. 40.1 LOTC).

No obstante, la prohibición de revisión de procesos ya finalizados mediante sentencia firme no alcanza a quienes hayan mantenido viva su pretensión [CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. 2014: «Ajustes constitucionales recientes a la regulación sobre acceso de la pareja de hecho a la pensión de viudedad contenida en la Ley 40/2007». *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2014, 1: 183-198], presentando recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional frente a la regulación anterior a las Leyes 40/2007 y 51/2007, pues la desestimación de recurso de amparo por aplicación de la doctrina constitucional legitimadora de la solución legal excluyente de las parejas de hecho (del mismo o distinto sexo) que rigió hasta el 1 de enero de 2008 no impide que, una vez eliminado el requisito de existencia de hijos comunes, el solicitante de amparo pueda reclamar el reconocimiento de la pensión allí regulada, previa acreditación del cumplimiento del resto de los requisitos legalmente exigidos (y sin que la superación del plazo del año para solicitar la pensión y la intangibilidad de la cosa juzgada sean razones que puedan oponerse en supuestos en que se ha acudido al Tribunal Constitucional con anterioridad a la promulgación de las leyes cuestionadas, STC 93/2014, de 12 de junio). En parecida situación se encuentran quienes recurrieron judicialmente la decisión denegatoria del derecho a pensión de viudedad, aun tratándose de una pareja (del mismo sexo) que consiguió acreditar convivencia estable, por no reunir el requisito de tener descendencia común, y el Tribunal que debía pronunciarse hubiera optado por suspender la tramitación de las actuaciones hasta que se resolviera la cuestión de

inconstitucionalidad pendiente. Es más, dado que en parte el reproche constitucional a la exigencia de poseer descendencia común se asienta sobre la imposibilidad de adoptar que pesaba sobre las parejas homosexuales en la mayor parte del territorio español, no es descabellado pensar que se pueda considerar contrario al principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 14 CE la utilización del criterio de existencia de hijos comunes, como parámetro para medir el requisito de dependencia económica, para los fallecimientos ocurridos después del 1 de enero de 2008, en relación fundamentalmente con las parejas de hecho homosexuales, pues sólo pueden adoptar de forma conjunta en algunas Comunidades Autónomas (Aragón, Cataluña, Navarra, Cantabria...), sin que la legislación general prevea esa posibilidad, máxime cuando los requisitos de acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social «deben ser comunes y los mismos en todo el Estado», como ha reconocido recientemente el propio Tribunal Constitucional en STC 40/2014.

Todo lo anterior promueve una llamada de atención en torno a la proporcionalidad y razonabilidad de la diferencia de trato entre parejas matrimoniales y parejas de hecho por cuanto a la pensión de viudedad se refiere, fundamentalmente cuando la prueba objetiva de la situación de necesidad se lleva a cabo mediante la constatación de una dependencia económica supeditada en ocasiones al cumplimiento de requisitos perfilados de manera excesivamente restrictiva y exigente.

M.<sup>a</sup> de los Reyes MARTÍNEZ BARROSO  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo*  
*Universidad de León*  
[mrmarb@unileon.es](mailto:mrmarb@unileon.es)