

LA PENSIÓN DE VIUEDAD: VINCULOS AFECTIVOS Y MATRIMONIALES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

WIDOW BENEFIT: AFFECTIVE AND MARRIAGE LINKS BETWEEN PEOPLE OF THE SAME SEX

Dra. Ana Nieves Escribá Pérez
Directora del Grado en Derecho
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Internacional de Valencia. VIU. (España)
aescriba@universidadviu.com

RESUMEN: Si bien es cierto que en la actualidad existe una adaptación total de los principios de igualdad y universalidad en materia de matrimonios –y parejas de hecho-, a lo largo de la historia reciente de nuestro país se han producido cambios fundamentales para que esto suceda. No es tan lejano en el tiempo el momento en el que no todas las parejas –de cualquier condición sexual- disfrutaban de los mismos derechos.

Pretendo, pues, analizar la situación de las parejas formadas por personas del mismo sexo y tratar la evolución de sus derechos desde el prisma de la seguridad social y la adaptación de la normativa hasta la equiparación total de derechos y, por ende, la consecución de la universalidad total del sistema de seguridad social en este asunto que me ocupa: la pensión de viudedad.

PALABRAS CLAVE: Igualdad, Seguridad Social, Matrimonio y Viudedad.

ABSTRACT: Although it is true that at present there is a total adaptation of the principles of equality and universality in matters of marriages - and unmarried couples -, throughout the recent history of our country, the fundamental changes for this have been modified. It is not so far back in time when not all couples - of any sexual condition - enjoyed the same rights.

I intend, therefore, to analyze the situation of couples formed by people of the same sex and to discuss the evolution of their rights from the perspective of social security and the adaptation of the regulations to the total equalization of rights and, therefore, the achievement of the total universality of the social security system in this matter that concerns me: the widow's benefit.

KEY WORDS: Equality, Social Security, Marriage and Widow Benefit.

SUMARIO:

LA PENSIÓN DE VIUDEDAD: VINCULOS AFECTIVOS Y MATRIMONIALES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.....	21
I. INTRODUCCIÓN.....	22
II. CUESTIONES GENERALES.....	25
A) Los matrimonios	25
B) Las parejas de hecho	26
III. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD REAL: LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES Y LEGALES MÁS RELEVANTES	27
A) El criterio de la STC 184/1990, de 15 de noviembre	27
B) La solución tras la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social	29
IV. LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN UNIONES ENTRE SUJETOS DEL MISMO SEXO.....	35
V. CONCLUSIONES	40
VI. BIBLIOGRAFÍA	41

I. INTRODUCCIÓN

Existe un problema de base fundamental que aplica a todos y cada uno de los sujetos independientemente de su orientación o condición sexual y es el tipo de unión existente entre el sujeto causante de la prestación y el sujeto perceptor de la misma. Es innegable que se ha producido una evolución muy importante a lo largo de los años y el reconocimiento de derechos ha avanzado junto con nuestro ordenamiento jurídico consiguiendo una equiparación total de los mismos entre los sujetos a los que les debía ser de aplicación.

Dicho esto hay que resaltar que la mayor vulneración de derechos en este sentido y en relación al principio de igualdad –y por tanto del de universalidad- se demostraba con el trato desigual recibido en las uniones de personas del mismo sexo. Esta vulneración se subsanó tras la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil –en adelante CC- a través de la cual se permitió el acceso a la institución del matrimonio a personas del mismo sexo, aun así, quedaron otras cuestiones por resolver como son, por ejemplo, las uniones de hecho, los matrimonios multiculturales y los matrimonios consuetudinarios –temas igualmente importantes que el que me ocupa pero de los que no trataré en el presente artículo-.

La razón de ser de la existencia de la pensión de viudedad fue, en sus orígenes, la de suplir la merma económica que sufría una familia tras el fallecimiento de uno de los cónyuges si bien es cierto que, sin lugar a dudas, en los últimos años ha tenido que adaptarse, como inmensidad de normas de nuestro ordenamiento jurídico, a la realidad social operante en nuestro país. Esta adaptación ha supuesto, en ocasiones, conflictos claros entre la norma y el principio de igualdad lo que ha supuesto que los poderes públicos se hayan planteado, en diversas ocasiones, una reforma total de dicha prestación pero, por el contrario, han sido los órganos jurisdiccionales los que, a través de su interpretación, han ido adaptando la norma a la realidad social actual y, por tanto, los artífices pioneros en el avance efectivo en la consecución de la aplicación completa del principio de igualdad –valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico- entre sujetos¹.

Es importante recordar que la norma exige de forma concisa haber contraído matrimonio con el sujeto causante de la prestación para poder ser perceptor de la pensión de viudedad y, por tanto, a pesar de tratarse de una cuestión derivada del derecho a la seguridad social su unión con el derecho civil es clara y lógica y, por tanto, la solución de las controversias, inevitablemente, nos derivan a las normas civiles², es decir, hay que estar a lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico en referencia al matrimonio y las soluciones que el mismo nos ofrece.

La existencia y necesidad del vínculo matrimonial entre los miembros de la pareja ha venido establecido como obligatorio y ha sido avalado por la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional –en adelante TC- que ha entendido que el requerimiento de dicho requisito no supone violación del principio de igualdad³; así lo estableció en diversas sentencias entre las que destaca la Sentencia del TC – en adelante STC- 184/1990, de 15 de noviembre, lo que excluía de manera tácita tanto a las uniones de hecho como a los matrimonios consuetudinarios, por ejemplo. Este criterio suponía, sin lugar a dudas, un trato desigual atendiendo a la realidad social en la que estamos inmersos en la actualidad si bien es cierto que los tipos de matrimonio y uniones legales que se permiten por nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad dan acceso a dicha prestación a una serie de sujetos que, hace unos años, no podían.

Quien actualmente no accede a la pensión de viudedad es porque no ha optado por el tipo de unión que lo permite por lo que, realmente, en estos momentos no podemos hablar de vulneración del principio de igualdad en el sentido estricto y en las mismas condiciones que hace unos años sino que lo que

¹ VILLAR CAÑADA, I. M. Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (400), 2016, pp. 47-72.

² RODRÍGUEZ CARDO, I. A. Forma matrimonial y pensión de viudedad: En particular, el matrimonio por el rito gitano (A propósito de la STC 69/2007, de 16 de abril (RTC2007, 69)). *Repertorio Aranzadi Del Tribunal Constitucional*, (16), 2008, p. 10.

³ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J. La pensión de viudedad en la encrucijada. *Revista Técnico Laboral*, 28 (108), 2006, pp.195-198.

ha supuesto es que nos encontramos con ciertas peculiaridades o matices. La pensión de viudedad se ha convertido en una prestación con un diseño legal imperfecto ya que, aunque de concepción mucho más amplia, sigue interpretándose a partir de la concepción clásica del matrimonio y suponiendo que existe una situación de necesidad que suplir con respecto al cónyuge supérstite; dicho diseño legal imperfecto se materializa en la existencia de una mala combinación entre la regulación obsoleta en la materia y la inclusión de nuevas figuras jurídicas en nuestro ordenamiento que han aparecido con la finalidad de integrar el principio de igualdad en nuestro sistema de seguridad social.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, introdujo cambios relevantes en materia de pensión de viudedad y sujetos beneficiarios y fue la responsable de ampliar la cobertura de la misma a las uniones de hecho y, además, limitó el acceso a los ex cónyuges supérstites a los que se les exigía estar cobrando una pensión compensatoria en el momento del hecho causante⁴.

La regulación de la pensión de viudedad para los sujetos que han contraído matrimonio se encuentra en el artículo 219 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social –en adelante TRLGSS- que recoge las exigencias legales que deben cumplirse para acceder a la misma⁵. Dicho precepto legal articula la que se puede entender como la visión más conservadora de la prestación donde se presupone que uno de los cónyuges es económicamente dependiente del otro si bien es cierto que la situación actual –en la que en muchas ocasiones ambos cónyuges prestan servicios- no ha hecho variar la regulación en lo que a ingresos del supérstite se refiere⁶.

Una de las cuestiones más relevantes a la hora de entender esta materia es tener en cuenta que, desde hace algún tiempo, nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido el derecho a la precepción de la prestación de viudedad en algunos casos en los que, tradicionalmente, se encontraban fuera de la necesaria cobertura legal como, por ejemplo, el caso que me ocupa: el matrimonio entre personas del mismo sexo⁷.

En numerosas ocasiones el TC y el TS se ven obligados a resolver sobre la unión de dos términos: principio de igualdad y pensión de viudedad; aunque es cierta la existencia de un progreso normativo todavía quedan obstáculos que salvar para poder adaptar esta prestación en concreto a los mandatos internacionales y

⁴ RODRÍGUEZ INIESTA, G. La reforma de la protección por muerte y supervivencia. *La reforma de la seguridad social: (el acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)* (1ª edición) Bomarzo, 2007, pp. 187-217.

⁵ Entre ellas la carencia o la exigencia de tiempo de convivencia de los cónyuges.

⁶ BARCELÓN COBEDO, S. La actualización del régimen jurídico de la pensión de viudedad. *Cuestiones nucleares. Trabajo y Derecho* (23), 2016.

⁷ Al tenor del artículo 44 del C.C, “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo” -párrafo introducido por la Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio-.

Europeos en la materia; nos encontramos con desigualdades notorias, sobre todo, cuando hablamos, por ejemplo, del sexo del beneficiario, las que dependen de la orientación sexual o en la existencia o no de un vínculo matrimonial efectivo⁸.

II. CUESTIONES GENERALES

A) *Los matrimonios*

La primera cuestión a tratar se refiere a quién se considera matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico; en este sentido se supone casada a aquella persona que haya contraído matrimonio válido a tenor de los artículos 49, 59, 60 y 63 del CC que únicamente reconocen un tipo de matrimonio: el civil⁹.

En la cuestión que me ocupa es fundamental establecer los fundamentos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio; dicha Ley marcó, sin lugar a dudas, un antes y un después en el modo en el que el legislador entendía la cuestión a tratar. El concepto tradicional de matrimonio¹⁰ se modificó para, así, descartar el concepto de unión entre personas de distinto sexo haciendo el concepto extensible a las personas del mismo sexo estableciendo, además, que disfrutarán del mismo con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones independientemente de la composición del mismo por lo que, a partir de ese momento, se mantendrán la totalidad ambos respetando la configuración objetiva de la institución que es única en todos los ámbitos de la institución independientemente del sexo de los contrayentes¹¹.

El TRLGSS establece en su artículo 219.1 el derecho a la pensión de viudedad y, así, establece que tendrá derecho a la misma...*el cónyuge superviviente de alguna de las personas a que se refiere el artículo 217.1...* Ninguna alusión sobre la condición de cónyuge realiza el TRLGSS de forma explícita por lo que se debe estar a los criterios que utiliza, de forma general, el CC que solo entiende como válidos los matrimonios religiosos en los términos y con las confesiones religiosas inscritas y autorizadas para ello o los matrimonios civiles¹² celebrados a tenor de los artículos 51 y ss. del CC y siendo, pues, obligatoria su inscripción en el Registro Civil.

⁸VILLAR CAÑADA, I. M. Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. Op. Cit. pp. 47-72.

⁹ Que puede celebrarse ante el Juez, Alcalde o funcionario autorizado o ante el ministro de una confesión religiosa a quien sus normas autoricen a celebrar dicho tipo de uniones siempre y cuando cumpla con las formalidades externas de la religión en cuestión, es decir, contraigan matrimonio civil en forma religiosa.

¹⁰ Entendido como la unión estable entre dos personas de diferente sexo.

¹¹ SESMA BASTIDA, B. Extensión en la cobertura de la pensión de viudedad ante nuevas realidades sociales: Uniones de hecho y matrimonio homosexual. *Actualidad Laboral*, (1), 2005, pp. 620-630.

¹² Si bien es cierto que para el reconocimiento de la pensión de viudedad se exigirá que el matrimonio haya sido celebrado, como mínimo, un año anterior al hecho causante excepto si se acreditan convivencia con un tiempo superior a dos años (BENAVIDES VICO, A. *Guía de las*

B) Las parejas de hecho

El término pareja de hecho se refiere a aquellas uniones estables de convivencia entre dos sujetos¹³ que no están unidos a través del vínculo del matrimonio siempre y cuando cumpla con una serie de requisitos tales como la real existencia de una relación pública y notoria, que no estén impedidos para unirse por existir una unión matrimonial, que disfruten una vida en común estable y duradera y que, además, posean intereses comunes en lo que se refiere al desarrollo de la vida familiar en común¹⁴.

Si bien es cierto que, tal y como entendemos la sociedad actual, deberíamos considerar de igual forma la relación existente entre las parejas de hecho y la unión por vínculo matrimonial en lo que a la pensión de viudedad se refiere es de destacar que no es así. El propio TC estableció la diferencia entre ambas figuras jurídicas en la STC 184/1990, de 15 de noviembre ya que entendía que la Constitución Española –en adelante CE- no establecía como realidades equivalentes el matrimonio y la convivencia extramatrimonial¹⁵.

El sistema de seguridad social español establece sus pilares básicos en el concepto de protección a la familia y así lo instituye de forma evidente en el artículo 2.2 del TRLGSS; obviamente, con el paso de los años, el sistema no ha tenido otra opción más que adaptarse a la realidad social que nos rodea y, dentro de ese ámbito, surgió un interesante debate en torno a si las parejas de hecho deben o no considerarse dentro del concepto de familia o, por el contrario no ya que, tradicionalmente, el concepto de familia siempre había referido a la *agrupación de personas unidas entre sí por matrimonio o parentesco que conviva y compartan patrimonio* negando la realidad a otro tipo de uniones que existían y existen en el entorno de nuestra sociedad.

Con el paso de los años, el TC terminó por reconocer las uniones de hecho como esa institución familiar que debía haber sido desde sus orígenes y así lo manifestó en sus SSTC 22/1992, de 11 de diciembre y 47/1993, de 8 de febrero como *la unión constituida voluntariamente por una pareja con un lazo de unión*

prestaciones de la seguridad social: Desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad -orfandad. Madrid: Lex Nova. 2011, p. 564)

¹³ Independientemente de su orientador sexual o su género.

¹⁴ BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., Universidad Carlos III de Madrid, y Boletín Oficial del Estado. *Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social.* Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2005, p. 74.

¹⁵ *El matrimonio es una institución social garantizada por la constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional. Nada de ello ocurre con la convivencia more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera ope legis en la mujer y en el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia.*

afectivo y estable entendiendo, además, que no cabía discriminación en la diferente cobertura otorgada a cada una de las citadas uniones por nuestro sistema de seguridad social.

No cabe duda que tanto la ampliación del derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo como el intento por equiparar derecho entre uniones de hecho y vínculos matrimoniales ha supuesto un acercamiento real a la igualdad en nuestro sistema de seguridad social; no obstante, a día de hoy, en algunas cuestiones todavía queda un inmenso camino que recorrer al respecto¹⁶.

En referencia a la pensión de viudedad y las parejas de hecho hay que destacar que es el propio TRLGSS en su artículo 221.2 la que establece lo que se considera pareja de hecho recogiendo, así, las condiciones que deben cumplir los sujetos para la percepción de la prestación y, a estos efectos, se considerará como tal la constituida con análoga relación de afectividad conyugal por quienes no hallándose impedidos para contraer matrimonio no tengan vínculo matrimonial previo y acrediten una convivencia estable y notoria y una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

Muchas han sido las ocasiones en las que los órganos jurisdiccionales han tenido que lidiar a la pretensión de un solicitante de reconocimiento del derecho a la prestación de viudedad en ausencia de vínculo matrimonial válido lo que llevó, a partir de los años '80, a la búsqueda constante de una solución válida para todas las vertientes del problema ya que, tradicionalmente, iba unido al concepto de familia si bien es cierto que en las últimas dos décadas ha habido un cambio importante en la materia dejando de depender la percepción de la prestación de la existencia de dicho vínculo¹⁷.

III. APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD REAL: LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES Y LEGALES MÁS RELEVANTES

A) El criterio de la STC 184/1990, de 15 de noviembre

La posición del TC ha sido, desde el nacimiento de este problema, determinante para establecer si los sujetos que formaban uniones de convivencia sin estar inscritos en el registro de parejas de hecho o sin haber contraído matrimonio –pudiendo haberlo hecho- tenían derecho a la percepción de la pensión de viudedad de nuestro sistema de seguridad social. En este sentido ya apuntó el TC en el año 1990 que existe libertad para contraer matrimonio y que dicha libertad supone un factor determinante a la hora de justificar el diferente tratamiento entre unos y otros sujetos, criterio totalmente extrapolable a la actualidad ya que el trato

¹⁶ ÁLVAREZ CUESTA, H. Uniones de hecho y su incidencia en la seguridad social. *Actualidad Laboral*, (19), 2009, p. 2.

¹⁷ VILLAR CAÑADA, I. M. Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. *Op. Cit.*, pp. 47-72.

desigual venía generado por la inexistencia del derecho a unirse válidamente a través del vínculo matrimonial o por la inscripción en el registro de parejas de hecho¹⁸.

Hay que prestar especial atención al Fundamento Jurídico 3º -en adelante FJ- de la STC 184/1990, de 15 de noviembre, en el que el TC estableció que “...por imperativo del artículo 14, sea acreedora del mismo tratamiento que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio...y siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que 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 los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento” estableciendo, además, que el legislador posee la potestad de hacer extensiva la protección a las uniones estables de hecho pero que, de no hacerlo, es importante subrayar que no constituiría lesión del artículo 14 de la CE en lo que a la aplicación del principio de igualdad¹⁹ se refiere²⁰.

Son destacables los criterios seguidos por la jurisprudencia con anterioridad a 2007. En la Sentencia del Tribunal Supremo –en adelante TS- de 19 de noviembre de 1998 se estableció que a efectos de percepción de la pensión de viudedad la convivencia *more uxorio* no se podía equiparar al matrimonio y que, por tanto, únicamente se podría reconocer el derecho a la prestación por viudedad a aquellos sujetos que, por razones fundamentadas legalmente, no hubiesen podido acceder a la institución del matrimonio. Esta solución era generalizada en todos los órganos jurisdiccionales llegando incluso a entender que la reforma del CC operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, no permitía el acceso a la pensión de viudedad a aquellas parejas de hecho²¹ que no estuviesen unidas por vínculo matrimonial²². En el ATC 222/1994, de 11 de julio, se aclaraba que “la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad

¹⁸ Se entraba a valorar si la causa que impedía el trato igual iba o no en contra de los principios y reglas constitucionales para determinar *la legitimidad del distinto tratamiento entre matrimonio y pareja de hecho, en este caso, para el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social* (VILLAR CAÑADA, I. M. Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. Op. Cit, pp. 47-72.)

¹⁹ UREÑA MARTÍNEZ, M. Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del tribunal constitucional. *Derecho Privado y Constitución*, 23(29), 2015, pp. 347-388.

²⁰ BARCELÓN COBEDO, S. La actualización del régimen jurídico de la pensión de viudedad. *Cuestiones nucleares*. Op. Cit.

²¹ PÉREZ UREÑA, A. Las parejas de hecho y la pensión de viudedad, a la luz de la reciente praxis judicial. *Elderecho.com*. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/parejas-pension-viudedad-reciente-judicial_11_787930001.html. (Consultado el 15 de julio de 2020).

²² En este mismo sentido operó la STS de 3 de mayo de 2007 que denegó el reconocimiento de la pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja de hecho y, además, la STSJ de Baleares, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2007 o la STS, Sala de lo Social, de 29 de octubre de 2007.

establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 Constitución Española, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales (SSTC 184/1990 y 66/1994), aclarando además que, "[d]entro de ese amplio margen de apreciación, el legislador en la LGSS de 1994 decidió perfilar una pensión de viudedad que si bien, como este Tribunal ha tenido ocasión de señalar, no responde a la existencia de una situación de necesidad, sino "a la compensación de un daño cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges)".

En definitiva, era habitual denegar el acceso a la prestación por viudedad al miembro supérstite de la pareja de hecho independientemente de que pudiese o no certificar la convivencia a lo largo de los años y la existencia o no de descendencia fruto de la relación ya que era de aplicación la legislación vigente en el momento de producirse el hecho causante y así lo establecía de manera clara la Sentencia del TS de 2 de junio de 2005.

B) La solución tras la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social establece un antes y un después en la protección de aquellas personas que, con anterioridad, no tenían posibilidad alguna de acceso a la pensión de viudedad. Para el desarrollo de dicha norma el legislador tuvo en cuenta criterio sentado por la STC 184/1990, de 15 de noviembre, que fue, sin lugar a dudas, clave para la solución de esta cuestión.

La exigencia de la existencia de vínculo matrimonial para poder acceder al derecho de concesión de la pensión de viudedad ha sido cuestionada de manera continuada a lo largo de los últimos años dados los cambios de base producidos en la sociedad en general y en el modelo de familia en particular. Es cierto que el TC ha reiterado en diversas ocasiones la necesidad de cumplir con el requisito de la existencia del vínculo matrimonial previo al acceso a la pensión de viudedad si bien es cierto que, efectivamente, está justificado constitucionalmente reconociendo la posibilidad de que fuese el legislador directamente quien regulase, como mejor conviniese, los requisitos de acceso a la citada prestación. Finalmente, el legislador, reconoció el derecho a la percepción de la pensión a las uniones de hecho tras la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de seguridad social²³.

La Disposición final sexta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, establecía que entraría en vigor el día 1 del mes siguiente a su publicación en el BOE, es decir, el 1 de enero de 2008, ahora bien, reconocía en su Disposición adicional

²³ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. La pensión de viudedad tras la ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1(6), 2008, pp.95-125.

tercera que²⁴ “*Con carácter excepcional, se reconocerá el derecho a la pensión de viudedad cuando habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurren una serie de circunstancias*²⁵ ...”; es decir, la norma podía aplicarse con carácter retroactivo incluso en el caso de que, a priori, se hubiese denegado el derecho a la prestación por vía judicial²⁶ y, aunque trataba de proteger los casos afectados por la norma anterior²⁷ supuso la diferenciación de trato entre las parejas de hecho *anteriores* y *posteriores* a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre²⁸.

Con la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, aparece el nuevo concepto legal de pareja de hecho definiéndola 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 cinco años*²⁹”.

Es la citada norma la que establece un antes y un después en el problema de aplicación del principio de igualdad en materia de pensión de viudedad y su relación con el concepto de familia que, como era de esperar, nada tiene que ver con el concepto tradicional de los años 80 y que ha supuesto una apertura de miras clara si bien es cierto que la propia Ley sigue requiriendo un elemento fundamental: la exigencia de la relación de convivencia estable y notoria y que, además, sea registrada en el registro de parejas de hecho³⁰. La Ley supuso un avance fundamental que supuso la ampliación de los sujetos que podían ser beneficiarios de la pensión de viudedad y, en concreto a las parejas de hecho; en palabras del propio TC en su STC 40/2014, de 11 de marzo, “...*la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con*

²⁴ FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B. El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española. *Revista Internacional y Comparada De Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, 3(3), 2015, pp. 237-250.

²⁵ Tales como que no se hubiese podido causar derecho a percepción a la pensión de viudedad tras la muerte del causante, que hubiese formado pareja de hecho con quien es solicitante de la prestación de manera ininterrumpida por un periodo de tiempo no inferior a seis años, que tuviesen hijos en común, que el solicitante no tuviese derecho a la percepción de otra pensión de la Seguridad Social y que se solicitara en un periodo de doce meses desde la entrada en vigor de la ley

²⁶ ALARCÓN CASTELLANOS, M. D. M., Y ROLDÁN MARTÍNEZ, A. Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (319), 2009, pp. 97-120.

²⁷ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. La pensión de viudedad tras la ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social. *Op. Cit.*, pp. 95-125.

²⁸ FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B. El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española. *Op. Cit.*, pp. 237-250.

²⁹ ÁLVAREZ CUESTA, H. Uniones de hecho y su incidencia en la seguridad social. *Op. Cit.*, p.2.

³⁰ 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*, (41), 2008, pp.145-159.

cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas registradas al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que han formalizado su relación en documento público en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan el aludido requisito de convivencia ...”, entendiendo el Alto Tribunal “...que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las "parejas de derecho" y no a las genuinas "parejas de hecho". El TC no reconoce la desigualdad existente entre las parejas de hecho reconocidas y las que no lo son, ya que establece que no existe trato diferenciado porque unas están reconocidas legalmente y las otras -las que no cumplen los requisitos legales-, no.

Si bien es cierto que la aprobación de la Ley supuso una mejora notable con respecto a la situación anterior es importante resaltar que el principio de igualdad sigue sin operar de forma completa ya que continúan existiendo diferenciaciones clara en los criterios³¹ a tener en cuenta para la concesión de la pensión de viudedad siendo los requeridos para los matrimonios infinitamente más laxos³².

Uno de los criterios fundamentales para que se haya producido el cambio fue, sin lugar a dudas, la modificación del concepto de familia que se debe entender como la unidad básica de convivencia³³ compuesta por la unión de dos personas que deciden compartir su vida con independencia de que, entre ellas, exista vínculo matrimonial siendo admitidas en la actualidad desde las configuradas desde la perspectiva de la figura del matrimonio hasta las parejas de hecho³⁴. Existe una diferenciación obvia de trato; si nos remontamos al origen y la razón de ser de la pensión de viudedad³⁵ tradicionalmente, no se exige la probada dependencia de un cónyuge sobre el otro mientras pero sí se exige dicha dependencia probada en el

³¹ Los requisitos de convivencia estable, notoria e ininterrumpida entre el beneficiario y el causante y, por otro lado, el carácter inmediato al fallecimiento de dicha convivencia. Es un modo de establecer que “...el divorcio de la pareja de hecho...al condicionar la prestación a que la convivencia sea hasta la muerte”, STSJ de Madrid número 104/2011, de 8 de febrero. Lo que quiere decir que, efectivamente, la convivencia en parejas de hecho es un requisito indispensable.

³² VILLAR CAÑADA, I. M. Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. Op. Cit., pp. 47-72.

³³ Entendiendo la cohabitación como una figura asimilada al matrimonio —únicamente en el tema que me ocupa- y que supone que los sujetos deberán tener residencia en común, ser parte de una relación duradera y, por supuesto, exclusividad en la pareja. En este supuesto también se incluyen todas aquellas uniones de hecho que nacen entre personas que han roto su vínculo matrimonial previo y que, más tardes, se han unido a otra pareja pero no desean formalización de la relación. Entre otros, BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. *Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social*. Op. Cit. p. 57.

³⁴ BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. *Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social*. Madrid, Op. Cit. p. 55.

³⁵ Compensar la economía del cónyuge superviviente para que no pierda nivel adquisitivo por lo que la finalidad de la prestación deja de ser la misma en ambos casos, dejando entrever ya uno de los principales problemas en lo que al principio de Igualdad se refiere; hay que recordar que *la pensión de viudedad se justifica en la solidaridad patrimonial entre los cónyuges que rige durante el matrimonio, procurando que dicha solidaridad siga después de la muerte de uno de ellos*. (En VILLAR CAÑADA, I. M. Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. Op. Cit., pp. 47-72 y en PÉREZ ALONSO, M.A. *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013, p. 13).

caso de las parejas de hecho lo que supone que está habiendo una diferenciación clara de trato y, por tanto, un problema de interpretación del principio de igualdad en la materia -lo que redundaría en una diferenciación latente entre unos y otros-.

El artículo 39 de la CE establece la obligación del Estado a proteger a la familia y, además, el deber de ayuda mutua de los miembros de la misma si bien es cierto que es importante resaltar que no establece la obligatoriedad de contraer matrimonio para que dicha protección sea eficaz; partiendo de esa base la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas de la seguridad social introdujo la consideración de los sobrevivientes de las parejas de hecho como beneficiarios de la pensión de viudedad –siempre y cuando cumplan los requisitos legalmente establecidos³⁶- que, hasta ese momento, suponía una vulneración del principio de igualdad y, por tanto, causante de una injusticia material flagrante³⁷ – independientemente de que se tratara de un supuesto de hecho constitucionalmente legítimo basado en la potestad del legislador-.

Otra de las cuestiones que suponen, a mi parecer, una vulneración al principio de igualdad dada la diferencia de trato entre los sujetos que han decidido contraer matrimonio y aquellos que han optado por convertirse en parejas de hecho en relación a la pensión de viudedad es, sin lugar a dudas, la exigencia de un tiempo de convivencia estipulado legalmente –convivencia *more uxorio*³⁸- y que se introduce con la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que regula el acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho. En relación a esto el TC dictó Sentencia 19 de febrero de 2013 declarando nula e inconstitucional la letra c) de la disposición adicional tercera de dicha ley en la que se exigía que los convivientes tuviesen hijos para poder acceder a la pensión³⁹. Otro requisito que quedó invalidado por el TC fue el de la exigencia de la existencia de hijos en común para que los miembros de las parejas de hecho pudiesen tener acceso a la pensión de viudedad y así lo declaró en la STC 41/2013, de 14 de febrero, entendiendo tal requisito como inconstitucional⁴⁰ al atentar contra lo establecido

³⁶ El fallecimiento debe ser posterior al 1 de enero de 2008; debe existir la inscripción de la pareja de hecho en alguno de los registros de CCAA o Ayuntamientos; debe existir convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años; acreditar que ninguno de los componentes estaba impedido para contraer matrimonio ni tenía vínculo matrimonial con otra persona (en CARMONA RUIZ, A., Y MONTERO MARTÍN, S. *Prestaciones de la seguridad social*. Antequera Málaga: IC Editorial. 2013, p.341.)

³⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico: Actualizado con las novedades introducidas por la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social. Granada: *Comares*, 2008, p. 271.

³⁸ UREÑA MARTÍNEZ, M. Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del tribunal constitucional. Op. Cit. pp. 347-388.

³⁹ MANEIRO VÁZQUEZ, Y. La acreditación del vínculo y de la convivencia *more uxorio* en las parejas de hecho: Una aproximación jurisprudencia (1). *Actualidad Laboral*, (5), 2013, p.3.

⁴⁰ Una de las causas directas de la declaración de inconstitucionalidad de dicho requisito fue la imposibilidad en algunas ocasiones y, ante todo, pensando en las parejas del mismo sexo, de tener hijos en común.

en el artículo 14 de la CE⁴¹. Resolvió la cuestión de constitucionalidad con respecto al párrafo quinto del artículo 174.3⁴² del antiguo TRLGSS de 1944. Clara fue la postura del TC al establecer que el Estado es el titular de la potestad de regular el régimen jurídico de nuestro sistema de seguridad social y, por ende, la pensión de viudedad por lo que a este corresponde establecer cuáles son los requisitos de acceso a la misma pero, aun así, debe ser garante del principio de igualdad de trato y, además, estaba obligado a eliminar criterios de arbitrariedad a la hora de la concesión de la misma y que, por ejemplo, afectaba a aquellos sujetos que se regían por una cláusula de derecho civil propio por lo que esta misma Sentencia declaró inconstitucional la remisión a leyes autonómicas en lo que a la pensión de viudedad se refería.

Las SSTC 45/2014 y 51/204, de 7 de abril abordaron la cuestión del requisito previo de inscripción en el registro de las parejas de hecho o su constitución en documento público como requisito indispensable para poder acceder al derecho de percepción de la pensión de viudedad⁴³. En este sentido el TC estableció *que “...la existencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el artículo 14 de la Constitución Española, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar que a otras unidades convencionales”*⁴⁴.

La Ley40/2007, de 4 de diciembre, dejaba fuera de aplicación de la Ley a todas aquellas parejas heterosexuales que no habían contraído matrimonio pudiendo haberlo hecho ya que se consideró que si no se había accedido a dicha institución era, sin lugar a dudas, no por un impedimento legal sino, por el contrario, por la voluntad de las partes⁴⁵. A partir de la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio este mismo criterio fue de aplicación a las parejas formadas por sujetos del mismo sexo. En este sentido el TC no consideró que existiese

⁴¹ FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B. El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española. Op. Cit., pp. 237-250.

⁴² Párrafo quinto del artículo 174.3 del anterior TRLGSS de 1994, declarado inconstitucional y nulo por Sentencia (Sala Pleno) TC 40/2014, de 11 marzo, con los efectos señalados en su FJ 6. El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencias de 4 de mayo y 4 de junio de 2013, ha acordado admitir a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad números 2253/2013, 2255/2013 y 2256/2013, en relación con los párrafos cuarto y quinto del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 12 junio). Téngase en cuenta que por Autos de 7 abril 2014, se ha acordado declarar la extinción de dichas cuestiones de inconstitucionalidad por desaparición sobrevenida de su objeto (BOE 12 abril 2014).

⁴³ MOLINA NAVARRETE, C. El «modelo español» de seguridad social en la jurisprudencia constitucional: De la «consolidación continuista» al «inmovilismo regresivo». *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (4), 2016.

⁴⁴ Criterio ya establecido en las SSTC 92/2014, de 10 de junio, 93/2014, de 12 de junio, 115/2014, de 8 de julio y 157/2014, de 6 de octubre.

⁴⁵ STC 184/1990 en su FJ número 1, de 15 de noviembre.

vulneración del principio de igualdad ya que las uniones podían producirse y eran los propios interesados los que desistían de dicha opción⁴⁶.

A partir de la aprobación de la ley 40/2007, de 4 de diciembre, se produce una adecuación a la situación familiar actual y, por tanto, contempla varias posibilidades que, hasta entonces, no se barajaban ni por la Ley ni por la jurisprudencia acercando, un poco más, nuestro ordenamiento jurídico al respeto por el derecho a la igualdad en materia de seguridad social de tal modo que se conseguía ampliar, por ejemplo, la pensión de viudedad⁴⁷ de algunas parejas de hecho⁴⁸.

Cierto es que con el paso de los años nuestro ordenamiento jurídico y nuestro sistema de seguridad social se adaptan de manera paulatina a los cambios sociales que se producen en nuestra sociedad y si bien es cierto que, como hemos podido observar, se ha producido un avance al respecto, todavía distamos de la consecución total de la igualdad ante la Ley en lo que a parejas de hecho se refiere ya que sigue primando la existencia de una serie de requisitos ineludibles que han de ser demostrados aunque debo apuntar que, por otro lado, es algo totalmente lógico ya que debe existir algún modo de acreditar las situaciones para poder hacer las comprobaciones oportunas antes de conceder la pensión de viudedad a alguno de los miembros que conforman la pareja de hecho y, de este modo, evitar fraudes en la percepción de las pensiones. Comparando el acceso a la pensión de viudedad entre parejas de hecho y matrimonios hay que decir que no se ha producido una igualdad real en la regulación del acceso a la prestación, entre otras causas, por la posibilidad que el legislador entiende que existe sobre la creación fraudulenta⁴⁹ de

⁴⁶ Con el voto particular de Ortega Álvarez al que se adhirieron Asua Batarrita Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos.

⁴⁷ POQUET CATALÁ, R. El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿una realidad? *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (119), 2013, pp. 157-190.

⁴⁸ No de todas. Ya se expuso cuáles eran los requisitos que éstas debían cumplir para poder acceder a la prestación.

⁴⁹ Expresado dicho temor en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Para este asunto, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, por entender que pudiera ser contrario al art. 14 CE. El TC, en el FJ número 1 de la Sentencia 41/2013, de 14 de febrero, establece que “*Dicha disposición, bajo el epígrafe “Pensión de viudedad en supuestos especiales”, establece lo siguiente: “Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad 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, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad. b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente Ley, con el causante, 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*

parejas de hecho con el único fin de que se conceda la pensión de viudedad⁵⁰; así pues, la doctrina del TC sigue entendiendo que el legislador puede establecer un criterio de convivencia *more uxorio*, diferenciando el reconocimiento jurídico de manera distinta a la establecida para el matrimonio reconociendo sus límites *en la propia esencia de la unión de hecho*⁵¹. Basándose en este criterio, el legislador, en el artículo 221 del TRLGSS establece, además de los requisitos de alta y cotización comunes a ambas situaciones -matrimonio y unión de hecho-, *la dependencia económica del beneficiario respecto del fallecido*⁵².

En definitiva, el derecho a la percepción de la pensión de viudedad entre matrimonios y parejas de hecho no ha supuesto una equiparación total dentro del sistema aunque, como ya he dicho, el TC no entiende que ello suponga una vulneración del principio de igualdad; finalmente, es el TRLGSS quién determina, en lo referente al acceso a la pensión de viudedad, qué se entiende por pareja de hecho y cuáles son los requisitos que deben cumplir y lo hace conforme al artículo 221.2 del TRLGSS de la propia norma. Las claras diferencias de regulación de la pensión de viudedad entre los sujetos que han celebrado matrimonio y los que han optado por la unión como pareja de hecho son más que evidentes y desiguales entre sí⁵³; *la línea entre el amplio margen de libertad otorgado al legislador para configurar el sistema de Seguridad Social y la garantía del principio constitucional de igualdad se aprecia, pues, difusa en materia de pensión de viudedad*⁵⁴.

IV. LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN UNIONES ENTRE SUJETOS DEL MISMO SEXO

Como he apuntado en líneas anteriores la vulneración del principio de igualdad en relación a la pensión de viudedad era evidente. El avance fundamental y definitivo vino marcado por la modificación del CC operada por la Ley 13/2005,

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 efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición.”. La STC 41/2013, de 14 de febrero, falla “Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar inconstitucional y nula la letra “c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes”, de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”.

⁵⁰ MANEIRO VÁZQUEZ, Y. La acreditación del vínculo y de la convivencia *more uxorio* en las parejas de hecho: Una aproximación jurisprudencia. Op. Cit., p. 3.

⁵¹ STC 93/2013, de 23 de abril.

⁵² FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B. (2015). El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española. Op. Cit., pp. 237-250.

⁵³ MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable? *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2(17), 2010, pp. 59-90.

⁵⁴ VILLAR CAÑADA, I. M. Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. Op. Cit., pp. 47-72.

de 1 de julio. Dicha modificación supuso la ampliación del derecho a contraer matrimonio a todas aquellas parejas formadas por personas del mismo sexo, cuestión que supuso a que el trato y derechos adquiridos pasaban a ser totalmente equiparado al que se daba al resto de sujetos unidos por vínculo matrimonial. El resumen de dicha situación es sencillo: desaparecía la evidente discriminación existente hasta ese instante. Otra cuestión distinta era la referente a las uniones de hecho entre personas del mismo sexo antes de 2005. En este caso sí seguía existiendo un trato diferenciado y vulnerador del principio de igualdad ya que al no estar permitido el matrimonio hasta 2005 aquellas personas que habían permanecido unidas mediante vínculo afectivo no tenían derecho a la percepción de la pensión de viudedad⁵⁵.

Las reformas legislativas llevadas a cabo a lo largo de los últimos años con el fin de adaptar nuestro sistema normativo a la realidad social cambiante han supuesto la modificación del régimen jurídico de la seguridad social y, por ende, de los requisitos de acceso a la pensión de viudedad. No ha supuesto una revisión total de la pensión en sí sino que ha supuesto modificaciones sustanciales y necesarias para adaptarla a las nuevas circunstancias en lo que al alcance económico y requisitos de acceso se refiere. La aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio supuso, sin lugar a dudas, un avance importante en materia de igualdad dentro de nuestro derecho a la seguridad social contemplando posibilidades que, hasta ese momento, eran impensables. Se debe recordar que la discriminación derivada de la condición sexual de las personas atenta directamente contra el principio de igualdad reconocido en la CE y, en este caso, era directamente el Estado –garante principal de nuestros principios jurídicos- el que estaba propiciando dicha desigualdad real.

Los mandatos internacionales y europeos en la materia son, por supuesto, importantes. La Declaración Universal de los Derechos Humanos –en adelante DUDDHH-, en su artículo 16, proclama el derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio. En el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23 establece el derecho a hombres y mujeres a contraer matrimonio y a formar una familia -si bien es cierto que en ningún caso se hace referencia directa al caso de las parejas formadas por sujetos del mismo sexo-. El Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han reconocido, en este sentido, que *el Derecho Internacional sólo garantiza el derecho a las uniones establecidas entre personas de distinto sexo*⁵⁶. En la Resolución de 8 de febrero de 1994, el Parlamento Europeo solicitaba la protección de la convivencia entre sujetos del mismo sexo –bien a través de la institución del matrimonio o bien por cualquier otro instrumento- con la intención de eliminar todas las discriminaciones que pudiesen existir basadas en la orientación sexual de las personas. Es de destacar, además, que tanto la ONU como

⁵⁵ UREÑA MARTÍNEZ, M. Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del tribunal constitucional. Op. Cit, pp. 347-388.

⁵⁶ www.actuall.com/criterio/familia/asi-impone-la-onu-soto-voce-el-matrimonio-homosexual/ -Consultada el 22 de julio de 2020-.

la Unión Europea han establecido principios internacionales con respecto a la homosexualidad, entre ellos, los principios de Yogyakarta⁵⁷ que hizo extensible la DUDHH a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero por lo que, a partir de ese momento, podemos entender abierto el campo de aplicación de la DUDHH a todos por igual⁵⁸. En definitiva se debe resaltar que España, a pesar de que no existen mandatos internacionales explícitos en la materia, ha decidido ampliar el campo de aplicación y, por tanto, tratar de ampliar el campo de aplicación y, por ende, darle al principio de igualdad el ámbito que merece.

En resumen, hasta la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, las personas del mismo sexo no tenían derecho de acceso a la institución del matrimonio⁵⁹ por lo que, obviamente, se encontraban desprotegidos ante ciertas situaciones⁶⁰, como era el caso de la percepción de la pensión de viudedad⁶¹.

Con anterioridad a la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, parte de la doctrina había defendido el acceso al derecho a la pensión de viudedad a aquellos sujetos que no habían podido contraer matrimonio por impedimento legal debido a su condición sexual⁶² haciendo una interpretación de la norma directamente ligada al principio de igualdad consagrado en la CE utilizando, para ello, el principio de analogía jurídica recogido en el artículo 4.1 del CC. En este sentido, la Disposición Adicional 10ª 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, equiparó la situación a lo establecido para el caso de que uno de los integrantes de la pareja fuese transexual y hubiese fallecido antes de que se dictase sentencia que admitiese y confirmase el cambio de sexo, por ejemplo.

Con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, se planteó por parte del ejecutivo un problema de constitucionalidad⁶³; la cuestión era si al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo contradecía el artículo 32.1 de la CE

⁵⁷ “Los Principios de Yogyakarta son una serie de principios sobre cómo se aplica la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Los Principios ratifican estándares legales internacionales vinculantes que los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente, donde todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, podrán ejercer ese precioso derecho adquirido al momento de nacer”. <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/> (Consultado el 22 de julio de 2020).

⁵⁸ Tras la celebración de una reunión de especialistas realizada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006.

⁵⁹ SESMA BASTIDA, B. Extensión en la cobertura de la pensión de viudedad ante nuevas realidades sociales: Uniones de hecho y matrimonio homosexual. Op. Cit. pp. 620-630.

⁶⁰ GUTIÉRREZ PÉREZ, M. Pensión de viudedad y la nueva ley de matrimonios homosexuales. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (1), 2006, pp. 191-204.

⁶¹ MARTÍNEZ BARROSO, M.R. (2008). Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social. *Revista Jurídica De Castilla y León*, (17), 2008, pp. 117-176.

⁶² GUTIÉRREZ PÉREZ, M. Pensión de viudedad y la nueva ley de matrimonios homosexuales. Op. Cit., pp. 191-204.

⁶³ Recurso planteado por 61 diputados del Partido Popular.

que establece que “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*” ya que la interpretación que se realizaba del mismo era textual y suponía que el derecho de contraer matrimonio estaba reservado única y exclusivamente a las personas de diferente sexo. El TC se pronunció en su STC 198/2012, de 6 de noviembre, en la que admitía la existencia de diversas modalidades para regular las uniones afectivas entre personas del mismo sexo y reconociendo que la opción al matrimonio regulada por el legislador respetaba, sin lugar a dudas la CE. Entendía el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo como una garantía institucional y, a su vez, como un derecho constitucional que no resultaba desvirtuado por introducir la posibilidad de acceso a personas del mismo sexo a la institución del matrimonio ya que la finalidad era adecuar la legislación a los cambios sociales producidos en los últimos años lo que no supone desvirtuar la institución del matrimonio ya que, esta, conserva sus notas características fundamentales que son evidentes desde su concepción: igualdad entre los cónyuges, libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y manifestación de dicha voluntad; queda probado que sus notas definitorias no han variado en absoluto con respecto a lo establecido para la concepción tradicional de la institución del matrimonio. El TC entendió que la reforma era correcta y adecuada a la CE, al derecho comparado, a la doctrina jurídica, a la jurisprudencia de los órganos internacionales y, por supuesto, a la percepción actual de la sociedad en general⁶⁴. La aceptación de la inconstitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, hubiese supuesto, sin lugar a dudas, una evidente vulneración del principio de igualdad totalmente injustificado. Si la pretensión de nuestra sociedad es equiparar y garantizar la igualdad entre las personas y no atentar contra dicho principio atendiendo a la condición sexual de las personas, la reforma de la norma es totalmente adecuada y constitucional. Tras la STC de 2012 es clara la postura del Alto Tribunal con respecto a las uniones matrimoniales celebradas entre personas del mismo sexo por lo que el conflicto quedó solucionado y cerrado haciendo constar la importancia de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, del trato igualitario entre las personas.

Existe reiterada jurisprudencia en este mismo sentido como, por ejemplo, la STC 92/2014⁶⁵, de 10 de junio de 2014⁶⁶ y a la STC 93/2014, de 10 de junio de 2014⁶⁷; en ambas, el Tribunal Constitucional, recalca su postura al respecto⁶⁸. La primera de ellas resolvió la cuestión de inconstitucionalidad número 693-2013

⁶⁴ VILLANUEVA TURNES, A. Análisis jurídico de la sentencia del tribunal constitucional 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. *Revista De Estudios Jurídicos*, (14), 2014.

⁶⁵ UREÑA MARTÍNEZ, M. Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del tribunal constitucional. *Op. Cit.*, pp. 347-388.

⁶⁶ BOE núm. 162, de 4 de julio de 2014.

⁶⁷ BOE núm. 162, de 4 de julio de 2014.

⁶⁸ BLASCO LAHOZ, J. F. Pensión de viudedad y matrimonio homosexual (a propósito de las SSTC 92/2014, 115/2014 Y 157/2014). *Revista De Derecho De La Seguridad Social*, (2), 2015, pp. 157-175.

recordando lo que expresamente establecían los artículos 219 y 221 de la Ley General de Seguridad Social –en adelante LGSS-; en su FJ 5º estableció que *"la eventual contradicción, por parte del precepto sometido a nuestro enjuiciamiento, con el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual que proscribía el segundo inciso del artículo 14 Constitución Española, se circunscribe a un aspecto concreto, cual es que solamente los cónyuges podrían ser beneficiarios de la pensión de viudedad y, en consecuencia, a los miembros de parejas de hecho homosexuales les estaba vetado acceder a esa prestación, puesto que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005, aquéllos no podían contraer vínculo matrimonial"* y termina diciendo que *la existencia de libertad ampara contraer matrimonio es un factor que permite justificar, adicionalmente, ese distinto tratamiento*". El TC reconoce el derecho a percibir o no una pensión de viudedad en función de la posibilidad de acceso al matrimonio de los miembros de la pareja –que haya existido impedimento legal que vulnerase el principio de igualdad de los mismos-. La segunda STC falla en relación a la posible vulneración del principio de igualdad en caso de no reconocerse la pensión de viudedad a los miembros supervivientes de una unión entre personas del mismo sexo que no habían formalizado la relación mediante vínculo matrimonial o inscripción en el registro de parejas de hecho. Se alegaba que el derecho a contraer matrimonio no puede suponer un tratamiento desfavorable para aquellos que no han optado por esta opción en el caso de acceso a la pensión de viudedad. El razonamiento era que las pensiones de la seguridad social no deben entenderse como técnicas de protección del matrimonio⁶⁹ y que, por tanto, convertir el derecho al matrimonio en un requisito de acceso a la citada pensión. Es cierto que, en dicho caso, el solicitante había compartido su vida con su pareja durante más de cuarenta años y su alegación final era que no habían podido formalizar la misma a través del matrimonio porque en el momento de producirse el hecho causante todavía no estaba permitido el acceso a la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo⁷⁰.

En referencia a lo anterior se hace necesario poner de manifiesto que con anterioridad a la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, se establece la equiparación total y definitiva de derechos en lo que a matrimonio se refiere y, por ende, de acceso a la prestación de viudedad por lo que, como bien ha establecido el TC, hoy en día no cabría el reconocimiento de la pensión de viudedad de los sujetos del mismo sexo siempre y cuando no cumplan con la exigencia legal de estar unidos por vínculo matrimonial o registrados como pareja de hecho ya que si no lo hacen es porque no es su deseo y no por impedimento legal.

En base a todo lo anterior es más que coherente permitir el acceso a la prestación a aquellos sujetos que no hubiesen podido acceder a la misma por haberse producido el hecho causante con anterioridad a la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio siempre y cuando hubiesen convivido. Por esta misma razón

⁶⁹ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J. La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad : (en el sistema español de seguridad social). Madrid: Reus, 2008, pp.91.

⁷⁰ Tanto el Ministerio Fiscal como el INSS pedían que se desestimase el recurso de amparo.

sería incoherente reconocer el derecho a aquellos sujetos que no hayan accedido a la institución del matrimonio o al registro de parejas de hecho tras la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio.

V. CONCLUSIONES

El orden social ha sufrido importantes cambios a lo largo de la última década. No podemos seguir concibiendo la sociedad como lo hacíamos en el último cuarto del siglo pasado; por una parte, las parejas de hecho son una realidad cada vez más incipiente. Forman, sin lugar a dudas, parte de los cambios que se han llevado a cabo en lo que al concepto tradicional de familia se refiere. Este tipo de uniones se veían perjudicadas en lo que al derecho de acceso a la pensión de viudedad se refiere, si bien, finalmente, esto ha variado y dicha prestación se ha configurado de manera que permita el acceso a aquellas parejas que optan por esta opción. Es de resaltar, no obstante, que los requisitos de acceso son más duros y exigentes que en el caso de las personas unidas mediante vínculo matrimonial por lo que se puede decir que no ha habido un proceso de equiparación del principio de igualdad si bien es cierto que, como ya se indicó, la justificación del legislador se basa en preservar la posibilidad de que exista intención de cometer fraude contra la administración del Estado y es por ello que se endurecieron las exigencias de acceso estableciendo la exigencia de la convivencia *more uxorio*, la inexistencia de impedimento legal para contraer matrimonio y que la relación sea pública, notoria y monógama. El cambio fundamental se produjo tras la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social que fue la que, definitivamente, reconoció el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho.

Las parejas formadas por sujetos del mismo sexo se veían, pues, doblemente afectadas en este sentido ya que no podían acceder ni a la institución del matrimonio ni al registro de parejas de hecho.

Desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, la situación cambia, ya que pueden acceder a las prestaciones familiares en las mismas condiciones que cualquier otro matrimonio. El sistema, en ocasiones, ha reconocido la concesión de la prestación a parejas que no habían podido optar al matrimonio por la inexistencia del derecho al mismo antes del fallecimiento de uno de los cónyuges pero tras la aprobación de la misma es innecesario realizar dicho reconocimiento ya que si no acceden a la institución del matrimonio o al registro de parejas de hecho es porque no lo desean.

De este modo puedo concluir que los matrimonios formados por personas del mismo sexo quedan equiparados a los matrimonios tradicionales por lo que, en este caso, existe total aplicación del principio de igualdad en el amplio sentido del mismo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CASTELLANOS, M. D. M., Y ROLDÁN MARTÍNEZ, A. Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (319), 2009, pp. 97-120.

ÁLVAREZ CUESTA, H. Uniones de hecho y su incidencia en la seguridad social. *Actualidad Laboral*, (19), 2009, p. 2.

BARCELÓN COBEDO, S. La actualización del régimen jurídico de la pensión de viudedad. Cuestiones nucleares. *Trabajo y Derecho* (23), 2016.

BENAVIDES VICO, A. *Guía de las prestaciones de la seguridad social: Desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad -orfandad*. Madrid: Lex Nova. 2011, p. 564)

BLASCO LAHOZ, J. F. Pensión de viudedad y matrimonio homosexual (a propósito de las SSTC 92/2014, 115/2014 Y 157/2014). *Revista De Derecho De La Seguridad Social*, (2), 2015, pp. 157-175.

BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. *Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 2005, p. 55.

BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., Universidad Carlos III de Madrid, y Boletín Oficial del Estado. *Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2005, p. 74.

CARMONA RUIZ, A., Y MONTERO MARTÍN, S. *Prestaciones de la seguridad social*. Antequera Málaga: IC Editorial. 2013, p.341

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*, (41), 2008, pp.145-159.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B. El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española. *Revista Internacional y Comparada De Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, 3(3), 2015, pp. 237-250.

GUTIÉRREZ PÉREZ, M. Pensión de viudedad y la nueva ley de matrimonios homosexuales. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (1), 2006, pp. 191-204.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y. La acreditación del vínculo y de la convivencia more uxorio en las parejas de hecho: Una aproximación jurisprudencia (1). *Actualidad Laboral*, (5), 2013, p. 3.

MARTÍNEZ ABASCAL, V. A. Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable? *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2(17), 2010, pp. 59-90.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R. Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social. *Revista Jurídica De Castilla y León*, (17), 2008, pp. 117-176.

MOLINA NAVARRETE, C. El «modelo español» de seguridad social en la jurisprudencia constitucional: De la «consolidación continuista» al «inmovilismo regresivo». *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (4), 2016.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. La pensión de viudedad tras la ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1(6), 2008, pp. 95-125.

MONEREO PÉREZ, J.L. Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico: Actualizado con las novedades introducidas por la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social. Granada: *Comares*, 2008, p. 271.

PÉREZ ALONSO, M.A. *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2013, p. 13.

PÉREZ UREÑA, A. Las parejas de hecho y la pensión de viudedad, a la luz de la reciente praxis judicial. *Elderecho.com*. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/parejas-pension-viudedad-reciente-judicial_11_787930001.html. (Consultado el 15 de julio de 2020).

PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J. La consideración conjunta de las contingencias y el principio de Igualdad :(en el sistema español de seguridad social). Madrid: Reus, 2008, pp.91.

POQUET CATALÁ, R. El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿una realidad? *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (119), 2013, pp. 157-190.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A. Forma matrimonial y pensión de viudedad: En particular, el matrimonio por el rito gitano (A propósito de la STC 69/2007, de 16 de abril (RTC2007, 69)). *Repertorio Aranzadi Del Tribunal Constitucional*, (16), 2008, p. 10.

RODRÍGUEZ INIESTA, G. La reforma de la protección por muerte y supervivencia. *La reforma de la seguridad social: (el acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)* (1ª edición) Bomarzo, 2007, pp. 187-217.

SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J. La pensión de viudedad en la encrucijada. *Revista Técnico Laboral*, 28 (108), 2006, pp.195-198.

SESMA BASTIDA, B. Extensión en la cobertura de la pensión de viudedad ante nuevas realidades sociales: Uniones de hecho y matrimonio homosexual. *Actualidad Laboral*, (1), 2005, pp. 620-630.

UREÑA MARTÍNEZ, M. Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del tribunal constitucional. *Derecho Privado y Constitución*, 23(29), 2015, pp. 347-388.

VILLANUEVA TURNES, A. Análisis jurídico de la sentencia del tribunal constitucional 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. *Revista De Estudios Jurídicos*, (14), 2014.

VILLAR CAÑADA, I. M. Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (400), 2016, pp. 47-72.