

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2724 *Pleno. Sentencia 41/2013, de 14 de febrero de 2013. Cuestión de inconstitucionalidad 8970-2008. Planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona respecto de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Principio de igualdad ante la ley: nulidad del precepto legal que supedita el disfrute del derecho a la pensión de viudedad que en él se establece a que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. Voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan José González Rivas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8970-2008, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona respecto de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Con fecha 18 de noviembre de 2008 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, al que se acompaña, junto con el testimonio del procedimiento núm. 432-2008 que se tramita ante dicho Juzgado, el Auto de 11 de noviembre de 2008, por el que se acuerda plantear 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 posible vulneración del art. 14 CE.

2. Los hechos de los que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad planteada son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Don J.M.D.F. solicitó el 10 de marzo de 2008 a la Dirección Provincial de Barcelona del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) el reconocimiento de la pensión de viudedad como consecuencia del fallecimiento (acaecido el 27 de marzo de 2004) de don J.N.O., con el que había convivido de forma estable desde el año 1982 hasta la muerte de éste. La solicitud se basaba en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, norma que reconoce derecho a la pensión de viudedad a los supérstites de parejas de hecho cuando, habiéndose producido el fallecimiento del causante antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (1 de enero de 2008), concurren las circunstancias que la referida

disposición adicional establece, entre ellas «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes».

La solicitud fue denegada por resolución del INSS de 13 de marzo de 2008 en razón a no cumplirse el requisito de haber tenido hijos comunes con el causante. Interpuesta contra esta resolución reclamación previa, fundada en la imposibilidad de cumplimiento del referido requisito en el caso de las parejas de hecho del mismo sexo, fue denegada por el mismo fundamento mediante resolución del INSS de 10 de abril de 2008.

b) Formulada demanda contra la anterior resolución administrativa, correspondió conocer de la misma al Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona (autos núm. 432-2008), el cual, concluido el pleito para Sentencia, dictó providencia el 10 de octubre de 2008 por la que, de conformidad con el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), acordó conferir plazo común de diez días a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegasen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, por posible vulneración del art. 14 CE, toda vez que el requisito de haber tenido hijos comunes establecido en la citada disposición para causar derecho a pensión de viudedad, cuando el fallecimiento del causante hubiera tenido lugar antes del 1 de enero de 2008, resulta de imposible cumplimiento para las parejas de hecho del mismo sexo si se trata de hijos biológicos y de muy difícil cumplimiento en la práctica si se trata de hijos adoptivos, pues el derecho de las parejas de hecho (heterosexuales u homosexuales) a adoptar sólo se ha reconocido en Cataluña a partir de la Ley del Parlamento catalán 3/2005, de 8 de abril (de forma que era imposible la adopción si el fallecimiento acaeció con anterioridad, como sucede en el caso enjuiciado). La exigencia del referido requisito, aparentemente neutral, supone así, según el Juzgado, un trato discriminatorio para las parejas de hecho del mismo sexo, por su efecto excluyente de la pensión de viudedad. En fin, el Juzgado invoca la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de abril de 2008, C-267/2006, asunto *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, que consideró contraria a la Directiva 2000/78/CE la denegación de pensión de viudedad al supérstite de una pareja estable del mismo sexo en situación comparable a la de un cónyuge supérstite beneficiario de esa prestación de seguridad social.

c) El Ministerio Fiscal y la representación procesal de don J.M.D.F. manifestaron su opinión favorable al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, por estimar que el requisito de que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes resulta de imposible cumplimiento para las parejas de hecho del mismo sexo, cuando uno de sus miembros falleció antes del año 2005, por lo que se produce una discriminación por razón de la orientación sexual (art. 14 CE).

Por su parte, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social se opuso al planteamiento de la cuestión, por entender que la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en cuanto establece el requisito de la descendencia común para causar pensión de viudedad, no lesiona el art. 14 CE. La exigencia legal de que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos en común para causar derecho a la pensión de viudedad constituye una opción legislativa legítima y de carácter neutro, por cuanto subraya el requisito de estabilidad y notoriedad de la pareja de hecho, y no es un requisito exclusivo ni excluyente para las parejas homosexuales, ya que la falta de este requisito puede darse también en parejas de hecho heterosexuales que no hubieran podido o querido tener descendencia común.

A ello añade el Letrado de la Administración de la Seguridad Social que desde la Ley catalana 3/2005, de 8 de abril, es posible en Cataluña la adopción por parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, lo que impide considerar que el dato elegido por el legislador para valorar la especial intensidad o notoriedad de la convivencia y afectividad de la pareja de hecho (haber tenido hijos en común) a efectos del acceso a la pensión de viudedad excepcional que regula la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, discrimine a las parejas de hecho del mismo sexo.

Finalmente advierte el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en relación con el principio de igualdad de trato e interdicción de discriminación del Derecho europeo, que las prestaciones de muerte y supervivencia incluidas en los regímenes públicos de Seguridad Social (como es la discutida en el proceso *a quo*) no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para el empleo y la ocupación, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 1 de abril de 2008, C-267/2006, asunto *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.

3. Mediante Auto de 11 de noviembre de 2008 el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en cuanto exige (de forma indiscriminada y sin excepciones) el requisito de haber tenido hijos comunes con el causante para acceder a la prestación de viudedad respecto a hechos causantes anteriores al 1 de enero de 2008, puede infringir el art. 14 CE, al comportar una discriminación en razón de la orientación sexual, en tanto que excluye del acceso a esta prestación a las parejas de hecho del mismo sexo cuando el hecho causante se haya producido antes de la posibilidad legal de adopción (en el ámbito autonómico o estatal que corresponda) y lo limita notablemente, a partir de esta fecha, en comparación con las parejas heterosexuales.

El Juzgado fundamenta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en las consideraciones que seguidamente se resumen.

a) Por lo que se refiere al juicio de aplicabilidad y relevancia, señala el Juzgado que el fallo a dictar en el proceso depende de la validez de la norma cuestionada, porque, en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, la demanda debería ser desestimada, por cuanto es exclusivamente el incumplimiento del requisito de «haber tenido hijos comunes» lo que fundamenta la denegación de la prestación de viudedad por parte del INSS, que no ha discutido la concurrencia en el caso de los restantes requisitos exigidos para causar derecho a la pensión. Además, la disposición cuestionada, en el extremo indicado, es la única norma aplicable al caso, dado que es exclusivamente esta norma la que regula, con carácter excepcional, la posibilidad de solicitar la pensión de viudedad respecto de hechos causantes previos a la entrada en vigor de dicha ley (1 de enero de 2008).

b) Considera el Juzgado que la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en cuanto establece el requisito de la descendencia común para causar derecho a la pensión de viudedad, contraviene el art. 14 CE, sin que sea posible la adecuación de la norma cuestionada al referido precepto constitucional por vía interpretativa, toda vez que el tenor de la citada disposición es claro y categórico, sin margen alguna para otra interpretación que no sea la literal.

c) El Juzgado entiende que el precepto legal cuestionado, en el extremo indicado (exigencia de haber tenido hijos en común), establece un requisito de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho homosexuales y, por ello, comporta un trato desfavorable por causa de la orientación sexual, expresamente prohibido por el art. 14 CE.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, modificó el art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), que regula la pensión de viudedad, e introdujo una nueva situación protegida: la referida al supérstite de una pareja de hecho que acredite una convivencia con el causante durante al menos los cinco años anteriores al fallecimiento y dependencia económica. Por otra parte, la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, bajo el título «pensión de viudedad en supuestos especiales», establece, con carácter excepcional, que también podrá solicitarse dicha pensión en aquellos supuestos en los que el hecho causante se haya producido con anterioridad a su entrada en vigor (1 de enero de 2008), siempre que, además de los requisitos generales de alta y cotización establecidos en el art. 174.1 LGSS, concurren las siguientes circunstancias: que a la

muerte del causante no se hubiera podido causar derecho a la pensión de viudedad; que se acredite una convivencia ininterrumpida durante al menos los seis años anteriores al fallecimiento; que el beneficiario no tenga reconocida otra prestación contributiva de la Seguridad Social; y «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes».

El Tribunal Constitucional ha reiterado en múltiples ocasiones que la diferenciación normativa entre sujetos debida a una sucesión legislativa no puede considerarse, por sí misma, generadora de trato desigual o discriminación, por lo que la norma que protege una nueva situación puede no tener efecto retroactivo alguno, limitando su aplicación a las nuevas situaciones que se generen después de la entrada en vigor, o restringir dicha aplicación retroactiva a determinados supuestos. A la luz de esta doctrina es legítima la opción del legislador de restringir la «eficacia retroactiva» de la nueva prestación a determinados supuestos, añadiendo más requisitos a los establecidos con carácter general para la nueva prestación (o alterándolos, al sustituir el requisito de la dependencia económica del causante por el haber tenido hijos comunes). Pero dichos requisitos deben ser congruentes con la finalidad de la prestación y en tal sentido no parece lógico ni razonable el requisito inexcusable de la descendencia común, que no responde ni a la que tradicionalmente se ha entendido como finalidad de la pensión de viudedad (resarcir el daño que produce la disminución de ingresos provocada por la muerte del cónyuge) ni a la finalidad de la nueva prestación establecida en el art. 174.3 LGSS para las parejas de hecho (proteger a los supervivientes en situación de dependencia económica), pues la protección de los hijos, en su caso, ya es objeto de otra prestación específica (pensión de orfandad).

Estamos, en suma, ante la exigencia de un requisito aparentemente «neutral» (haber tenido hijos comunes) que, sin embargo, tiene un efecto excluyente de la nueva pensión para las parejas de hecho del mismo sexo, dada la imposibilidad biológica de tener hijos en común y la imposibilidad legal de su adopción en común hasta fechas muy recientes, como sucede en el caso enjuiciado, en el que la defunción del causante se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley por la que se autorizó la adopción en común a las parejas de hecho del mismo sexo (Ley catalana 3/2005, de 8 de abril). Pudiera erigirse así el referido requisito, según el Juzgado, en un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE, ya se entienda como «directa», al exigirse para causar derecho a la pensión un requisito que se sabe es de imposible o muy difícil cumplimiento, o como «indirecta», por cuanto, aunque –como parece obvio– el legislador no tuviera tal intencionalidad de exclusión, su impacto negativo en las parejas de hecho homosexuales es evidente.

Si el legislador, con la reforma introducida por la Ley 40/2007, ha incorporado en la protección de la pensión de viudedad a las parejas de hecho –sin llegar a equipararlas a los matrimonios– y lo ha hecho sin distinción alguna (como no podía ser de otro modo) en cuanto a la orientación sexual de sus integrantes, la legítima opción de proteger (excepcional y restrictivamente) algunas situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 no puede hacerse mediante un requisito que sí reproduzca nuevamente dicha distinción. Por más que pueda entenderse y justificarse técnicamente la exigencia de los «hijos en común» como indicador de la especial intensidad de la «análoga relación de afectividad a la conyugal» e incluso de la interdependencia económica de la pareja a proteger, es el carácter exclusivo de tal indicador (sin posibilidad de medios alternativos para acreditar aquellas circunstancias) lo que pudiera generar el efecto discriminatorio respecto de las parejas de hecho homosexuales.

Por otra parte, no cabe entender que la discriminación no la habría generado la exigencia del requisito de tener hijos en común de la disposición cuestionada sino la normativa que no permitió hasta fechas recientes (en Cataluña desde el año 2005) la posibilidad de adopción en común a las parejas del mismo sexo: si el legislador establece *ex novo*, a partir de 1 de enero de 2008, el derecho a la prestación de viudedad de las parejas de hecho sin distinción en razón de la orientación sexual, no puede –a fin de acotar el ámbito personal de la retroactividad de la reforma– imponer un requisito aparentemente «neutral» a sabiendas de que, en razón de la imposibilidad biológica y del marco legal existente hasta 2005, ello va a excluir a un colectivo en razón precisamente

de su orientación sexual. Y la orientación sexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social», a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación del art. 14 CE, como señala la STC 41/2006, de 13 de febrero.

d) Por último, el Juzgado invoca en apoyo de su duda de constitucionalidad la ya citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de abril de 2008, C-267/2006, asunto *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, que consideró contraria a la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la denegación de pensión de viudedad al supérstite de una pareja estable del mismo sexo en situación comparable a la de un cónyuge supérstite beneficiario de esa misma prestación de seguridad social. Y señala asimismo que el hecho de que el legislador europeo no haya elaborado todavía una norma-marco para la igualdad y no discriminación en materia de Seguridad Social, incluida la derivada de la orientación sexual, no puede comportar, en ningún caso, que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no deban velar por la tutela de dicha garantía constitucional fundamental también en dicho ámbito.

4. Mediante providencia de 16 de marzo de 2009 el Pleno, a propuesta de la Sección Primera de este Tribunal, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 c) LOTC, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, reservarse para sí el conocimiento de la cuestión.

Asimismo acordó dar traslado de las actuaciones, conforme dispone el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno de la Nación, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular alegaciones.

También acordó comunicar esta providencia al Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona a fin de que, en virtud de lo dispuesto en el art. 35.3 LOTC, permanezca suspendido el proceso *a quo* hasta que resuelva definitivamente la cuestión por este Tribunal, y publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», publicación que tuvo lugar el 30 de marzo de 2009.

5. El Presidente del Congreso de los Diputados, mediante escrito registrado en este Tribunal el día 31 de marzo de 2009, comunicó que la Cámara ha adoptado el acuerdo de personarse en el proceso, ofreciendo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado en este Tribunal el día 7 de abril de 2009, comunicó a su vez que dicha Cámara ha adoptado el acuerdo de personarse en el proceso, ofreciendo asimismo su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 14 de abril de 2009 el Abogado del Estado se personó en el presente proceso constitucional y formuló las alegaciones que seguidamente se resumen, solicitando que se dicte Sentencia desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Señala el Abogado del Estado que una de las novedades más relevantes de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, es la de reconocer, con determinadas condiciones, el derecho a la pensión de viudedad de los supérstites de parejas de hecho (art. 174.3 LGSS, en la redacción resultante del art. 5 de la Ley 40/2007), sin establecer la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho a los efectos de esta prestación.

En este marco legal, la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 contiene una norma retroactiva favorable, puesto que, «con carácter excepcional», reconoce el derecho a la pensión de viudedad a los supérstites de parejas de hecho cuando el fallecimiento del causante se hubiere producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (esto

es, por hechos causantes anteriores al 1 de enero de 2008), siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la referida disposición, entre ellos el establecido en la letra c), que establece la exigencia de «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes». Del Auto de planteamiento se infiere que no se cuestiona en su integridad la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, sino exclusivamente la letra c) de la misma.

Para el Abogado del Estado la circunstancia de que se cuestione una norma excepcional que da efecto retroactivo, aunque limitado, a una ampliación de beneficiarios de la pensión de viudedad, resulta determinante para la resolución del asunto, pues cuando se trata de normas que dotan de eficacia retroactiva a normas que amplían la acción protectora de la Seguridad Social el margen de libertad de configuración del legislador es muy amplio. El legislador podría haberse limitado (sin incurrir por ello en tacha de inconstitucionalidad alguna) a extender el derecho a la pensión de viudedad a los supérstites de parejas de hecho cuando el hecho causante hubiere producido tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007. Sin embargo, ha decidido extender de forma excepcional este derecho a hechos causantes acaecidos con anterioridad, si bien con sujeción a unos requisitos determinados, entre ellos el relativo a «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes», regulación que no puede considerarse en modo alguno lesiva del art. 14 CE. En el propio Auto de planteamiento se acepta que la norma cuestionada carece de finalidad discriminatoria directa y que está redactada de manera neutral en relación con la orientación sexual de la pareja de hecho. Sin embargo, se sostiene en el Auto que la norma puede incurrir en discriminación indirecta de un grupo social, las parejas de hecho del mismo sexo, al exigirse para causar derecho a la pensión de viudedad en este supuesto un requisito de imposible o muy difícil cumplimiento (haber tenido hijos en común). A juicio del Abogado del Estado tal argumento es insostenible, porque la interdicción de las discriminaciones indirectas es una técnica al servicio de la promoción de los grupos desfavorecidos y, por ello, sólo tiene sentido aplicarla en normas que deben regir *pro futuro*, nunca en una norma como la cuestionada, cuya aplicación se proyecta de forma retroactiva sobre hechos causantes acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor, de forma inmutable.

El requisito –letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007– de «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes» para tener derecho a la pensión de viudedad, cuando el hecho causante se hubiere producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, no tiene en cuenta la orientación sexual de la pareja de hecho como factor del excepcional acceso retroactivo a la pensión, pudiendo afectar tanto a parejas heterosexuales como homosexuales, y su finalidad parece obedecer al entendimiento de que la existencia de hijos comunes evidencia la existencia de una situación de pareja real, estable y notoria, eliminando así de raíz el riesgo de fraude.

Que las parejas homosexuales tuvieran mayor dificultad de cumplir este requisito en comparación con las parejas heterosexuales (dada la imposibilidad biológica de que las parejas homosexuales tengan hijos entre sí y la imposibilidad legal de su adopción en común hasta fecha muy reciente, como sucede en este caso, en el que la defunción del causante es anterior a la fecha a partir de la cual se autorizó en Cataluña, por Ley 3/2005, de 8 de abril) no resulta, según el Abogado del Estado, un argumento convincente para fundamentar la presunta inconstitucionalidad de la norma cuestionada, por tratarse de una norma retroactiva que se refiere a hechos causantes que tuvieron lugar en el pasado. La decisión de tener o no hijos la tomaron las parejas de hecho heterosexuales y homosexuales con abstracción de las reglas de acceso a la pensión de viudedad, precisamente porque entonces era tan imprevisible tanto para un tipo de parejas como para el otro que la circunstancia de contar con hijos comunes pudiera convertirse en un requisito para acceder a la pensión de viudedad en virtud de una norma futura a la que el legislador daría eficacia retroactiva. Por otra parte, no existen razones demostradas para afirmar taxativamente que el requisito de cuya constitucionalidad se duda tenga mayor incidencia en las parejas homosexuales que en las heterosexuales estériles del conjunto de parejas de hecho en las que uno de sus miembros hubiera fallecido antes de 1 de

enero de 2008. Y es que, a juicio del Abogado del Estado, la diferencia de trato que introduce la norma cuestionada no reposa ni directa ni indirectamente en la orientación sexual, sino en la existencia o inexistencia de descendencia común biológica o adoptiva. Es decir, no se plantea un problema de prohibición de discriminaciones, sino de cláusula general de igualdad.

Examinada la norma cuestionada desde la perspectiva de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, el Abogado del Estado considera que la diferencia de trato que el requisito que la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 establece entre parejas de hecho (heterosexuales y homosexuales) con hijos comunes y parejas de hecho (heterosexuales y homosexuales) sin hijos comunes se basa en una finalidad objetiva, legítima y razonable, como es la de limitar la eficacia retroactiva del derecho a pensión a parejas de hecho de existencia indiscutible, para evitar abusos y fraudes, lo que resulta adecuado para garantizar la equidad, eficiencia y economía del gasto público en materia de pensiones públicas dentro de lo financieramente posible en cada momento (art. 31.2 CE), y es coherente con los mandatos del art. 39 CE. Además, las consecuencias jurídicas que resultan de esa diferenciación no pueden tacharse de desproporcionadas, pues, siendo los recursos financieros limitados, se trata de concentrar la excepcional protección dispensada por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 en los casos de supervivientes de parejas de hecho con hijos comunes, por ser el indicador (la existencia de huérfanos) que hace más acusada la situación de necesidad y demanda mayor protección social.

Señala por último el Abogado del Estado que la referencia del Auto de planteamiento a la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación no resulta relevante para resolver la presente cuestión. Y no ya porque sea ajeno a la jurisdicción del Tribunal Constitucional controlar la compatibilidad de la Ley 40/2007 con el Derecho europeo (por todas, SSTC 64/1991, de 22 de marzo; 58/2004, de 19 de abril, y 329/2005, de 15 de diciembre), sino porque el art. 3.3 de dicha Directiva excluye de su ámbito de aplicación los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos de seguridad social, como lo confirma la propia Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 1 de abril de 2008, asunto C-267/2006, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* que se invoca en el Auto de planteamiento de la presente cuestión.

7. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones ante este Tribunal con fecha 8 de mayo de 2009, interesando la desestimación de la presente cuestión.

Advierte el Fiscal General del Estado que la duda de constitucionalidad que le suscita al Juzgado promotor de la cuestión el requisito contenido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes» para tener derecho a la pensión de viudedad, cuando el hecho causante se hubiere producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (1 de enero de 2008), se refiere a la diferencia de trato que se establece entre las parejas de hecho heterosexuales y homosexuales, dada la imposibilidad biológica de que las parejas homosexuales tengan hijos entre sí y la imposibilidad legal de su adopción conjunta hasta fechas muy recientes, pues la adopción conjunta por unión entre personas del mismo sexo se permitió en Cataluña por Ley 3/2005, de 8 de abril (que entró en vigor el 9 de mayo), y con carácter general para el Derecho común en virtud de la Ley 13/2005, de 1 de julio (que entró en vigor el 3 de julio). Por tanto, la discriminación que se apunta en el Auto de planteamiento se produciría hasta la entrada en vigor de dichas Leyes, pero no en el periodo que transcurre entre la entrada en vigor de las mismas y la de entrada en vigor de la Ley 40/2007 (1 de enero de 2008), pues en ese periodo la posibilidad de tener hijos comunes –por adopción– las parejas del mismo sexo resulta ya efectiva.

Por otra parte, a partir del 1 de enero de 2008 carece ya de aplicabilidad la norma de naturaleza temporal contenida en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 que se cuestiona y que contiene una regulación de carácter excepcional y eficacia retroactiva, pues los hechos causantes acaecidos a partir de la fecha indicada generarán, en su

caso, el derecho a pensión de viudedad para las parejas de hecho en los términos establecidos en el art. 174.3 LGSS, conforme a la redacción dada al mismo por el art. 5.3 de la Ley 40/2007.

Teniendo en cuenta estas premisas, señala el Fiscal General del Estado que la duda de constitucionalidad que plantea el Juzgado promotor de la cuestión en relación con el requisito contenido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (tener hijos en común) descansa en la pretendida discriminación indirecta por razón de la orientación sexual que la norma cuestionada ocasionaría a las parejas de hecho del mismo sexo, pues aunque la norma esté formulada de manera neutra (se aplica tanto a las parejas de hecho heterosexuales como a las homosexuales), perjudica a las parejas homosexuales, dada la imposibilidad biológica de que tengan hijos entre sí y la imposibilidad legal de su adopción conjunta hasta la entrada en vigor en las referidas fechas de 2005 de la Ley catalana 3/2005, y de la Ley estatal 13/2005.

Recuerda el Fiscal General del Estado que la jurisprudencia constitucional ha declarado reiteradamente que el distinto tratamiento que el legislador venía dispensando a los matrimonios y a las uniones de hecho a efectos del derecho a la pensión de viudedad no conculcaba el art. 14 CE, habiendo declarado asimismo que era constitucionalmente legítimo otorgar al matrimonio, a tenor de lo dispuesto en el art. 32.1 CE, un trato más favorable que a las relaciones de hecho. La nueva regulación que se establece por la Ley 40/2007 extiende el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho, si bien no en igualdad de condiciones con las uniones matrimoniales, sino con sujeción a determinados requisitos. Ciertamente, para hechos causantes acaecidos a partir de su entrada en vigor la pensión de viudedad se reconoce al supérstite de una pareja de hecho con independencia de que hubieran tenido hijos en común, siendo lo determinante la situación económica del superviviente (art. 174.3 LGSS), a diferencia de lo que sucede cuando se trata de hechos causantes acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, supuesto excepcional en el que para reconocer el derecho a la pensión de viudedad al supérstite de una pareja de hecho se exige como requisito inexcusable haber tenido hijos en común con el causante (disposición adicional tercera de la Ley 40/2007).

Para el Fiscal General del Estado, el diferente régimen jurídico establecido por el legislador para causar derecho a la pensión de viudedad las parejas de hecho en función de que se trate de hechos causantes acaecidos tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007 o con anterioridad, se explica, por un lado, por el propio fundamento que ofrece la excepcionalidad de la norma retroactiva contenida en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, y de otro por la peculiar naturaleza mixta de la pensión de viudedad para las uniones de hecho que se establece en la nueva redacción del art. 174.3 LGSS, y que considera más dignas de protección aquellas situaciones en las que existen cargas familiares.

La naturaleza excepcional de la pensión reconocida por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 pretende evitar una súbita acumulación de reclamaciones de pensiones basadas en hechos pretéritos cuya acreditación puede resultar especialmente dudosa, y por ello susceptible de peticiones fraudulentas, habida cuenta la relativa novedad de los registros municipales de uniones de hechos. El requisito de haber tenido hijos en común aparece así como un razonable indicador de la realidad de la previa y efectiva convivencia.

Por otra parte, la Ley 40/2007 dota de naturaleza mixta a la pensión de viudedad para las uniones de hecho que se establece para hechos causantes acaecidos tras su entrada en vigor, de forma que la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión determinante se erige en factor decisivo para determinar el nivel de ingresos económicos que el supérstite no puede superar para tener derecho a la pensión de viudedad (art. 174.3 LGSS). La existencia de hijos comunes no tiene así como finalidad exclusiva la de indicar una convivencia previa entre los miembros de la pareja de hecho, sino que también sirve para identificar una concreta situación de necesidad merecedora de mayor protección.

Resulta así justificado para el Fiscal General del Estado que el legislador haya decidido diferenciar dos situaciones perfectamente deslindables y que obedecen a distintas razones: de una parte, la de los hechos causantes acaecidos tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007, en cuyo caso, y contándose como medios documentales útiles para verificar la convivencia (registros municipales o similares), se reconoce una pensión de viudedad, cuya obtención se hace más difícil de no tener hijos comunes, en atención al diferente nivel de ingresos exigido; de otra, los hechos causantes acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, para los que, dadas las dificultades de acreditar documentalmente la realidad de las antiguas situaciones de convivencia, se reconoce excepcionalmente una pensión de viudedad siempre que existieran hijos comunes, indicador objetivo que demuestra la estabilidad de la pareja de hecho. Existe, por tanto, una justificación objetiva y razonable no sólo de la diferencia de trato entre los hechos causantes anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la Ley 40/2007, sino también entre las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales (cuando uno de los miembros de la pareja falleció antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007), pues en tal caso el reconocimiento de la pensión vendrá justificado exclusivamente por la necesidad de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, esto es, por existir hijos comunes, ya que de no existir éstos no se tiene derecho a la pensión, con el fin de minimizar el impacto económico en los fondos de la Seguridad Social que podrían causar reclamaciones basadas en supuestas pretéritas situaciones de convivencia de dudosa probanza.

8. Por providencia de 12 de febrero de 2013 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 14 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. 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. 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 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.»

Para el Juzgado promotor de la cuestión la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 comporta un trato desfavorable por causa de la orientación sexual, expresamente prohibido por el art. 14 CE, toda vez que el requisito de haber tenido hijos en común que establece la citada disposición para poder causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se produjo antes del 1 de enero de 2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007), resulta de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho homosexuales. Pues, además de la imposibilidad biológica, ha de tenerse en cuenta que el derecho de las parejas del mismo sexo a la adopción conjunta y la adopción individual del hijo del conviviente sólo ha sido reconocido de manera reciente en algunas Comunidades Autónomas en las leyes que regulan el régimen jurídico de las parejas de hecho, como ha sucedido en Cataluña en virtud de la Ley del Parlamento catalán 3/2005, de 8 de abril. La exigencia del referido requisito, aparentemente neutral, supone así, según el Juzgado, un trato discriminatorio para las parejas de hecho del mismo sexo, por su efecto excluyente de la pensión de viudedad.

2. De lo expuesto resulta que, como advierten en sus alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado (que interesan la desestimación de la cuestión, por las razones que han quedado resumidas en el relato de antecedentes), del Auto de planteamiento se infiere que no se cuestiona en su integridad la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, sino exclusivamente la letra c) de la misma, que establece la exigencia de «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes» para poder causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho estables en las que el fallecimiento del causante se hubiere producido antes de la entrada en vigor de dicha Ley. A este concreto inciso del precepto legal, habrá de referirse, en consecuencia, nuestro enjuiciamiento.

Una precisión más resulta pertinente antes de abordar el fondo del asunto, y se refiere a la invocación que el Juzgado promotor de la cuestión realiza, para reforzar sus argumentos sobre la posible inconstitucionalidad de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo, y de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de abril de 2008, C-267/2006, asunto *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, en relación con el principio de igualdad de trato e interdicción de discriminación del Derecho de la Unión Europea.

Pues bien, como acertadamente ha puesto de relieve el Abogado del Estado en sus alegaciones, la referencia del Auto de planteamiento a la Directiva 2000/78/CE –y a la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de abril de 2008– no resulta relevante para resolver la presente cuestión.

En primer lugar, porque resulta ajeno a la jurisdicción del Tribunal Constitucional controlar la compatibilidad de un precepto legal (en este caso de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007) con el Derecho de la Unión Europea, toda vez que este ordenamiento no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE (a cuyo tenor las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»), pues en tal supuesto la medida de la constitucionalidad de la ley enjuiciada seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales de que se trate (por todas, SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 128/1999, de 1 de julio, FJ 9; 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 4; 45/2001, de 15 de febrero, FJ 7; 38/2002, de 14 de febrero, FJ 11; y 173/2005, de 23 de junio, FJ 9), incluidos, en su caso, los Tratados de la Unión Europea y la Carta de derechos

fundamentales de la Unión Europea, que tiene la misma eficacia jurídica vinculante que los Tratados, en virtud de lo dispuesto en el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

Y en segundo lugar porque, conforme ya advirtiera también el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en el trámite de audiencia del art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), las prestaciones de muerte y supervivencia incluidas en los regímenes públicos de Seguridad Social (como es la discutida en el proceso *a quo*) no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, como lo confirma la propia Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de abril de 2008, asunto C-267/2006, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, que se invoca en el Auto de planteamiento.

3. Precisado así el objeto de la presente cuestión, para dar adecuada respuesta a la duda de constitucionalidad que se nos plantea resulta oportuno examinar el contexto en el que se enmarca la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007.

En tal sentido debemos empezar por recordar que desde la STC 184/1990, de 15 de noviembre, este Tribunal ha venido declarando que la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema público de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE, toda vez que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. 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 (art. 32.1) ... Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento». Por consiguiente, nada se opone constitucionalmente a que «el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de esa diferente situación de partida» (STC 184/1990, FJ 3). Lo que significa que «no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*.» (STC 184/1990, FJ 2).

Así pues, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, el legislador puede establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica, concluyéndose que «la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento» (STC 184/1990, FJ 3), ni resulta discriminatoria desde la perspectiva del art. 14 CE, pues la exigencia del vínculo matrimonial para tener derecho a la pensión de viudedad «no está privada de justificación objetiva y razonable» (STC 184/1990, FJ 4; doctrina que se reitera en términos similares en SSTC 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991 y 38/1991, todas ellas de 14 de febrero; 77/1991, de 11 de abril; 29/1992, de 9 de marzo; y 69/1994, de 28 de febrero; y AATC 188/2003, de 3 de junio; 47/2004, de 10 de febrero; 77/2004, de 9 de marzo; 177/2004, de 11 de mayo; 393/2004, de 19 de octubre; y 203/2005, de 10 de mayo).

De este modo, se ha venido considerando de forma reiterada por nuestra doctrina que la exclusión de las parejas de hecho de la protección dispensada en materia de pensión de viudedad por el sistema público de Seguridad Social no resulta contraria a la Constitución, sin perjuicio de que, como también hemos tenido ocasión de advertir en esa misma doctrina, tampoco existe obstáculo constitucional alguno a que el legislador pueda extender la protección de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables, heterosexuales u homosexuales: «es cierto también que el legislador podría extender a las uniones estables de hecho, al menos en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad. Extensión que en modo alguno resulta vedada por el art. 14 ni encontraría obstáculos en los arts. 32 y 39 de la Constitución. El legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de

administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales (por todas, SSTC 65/1987, FJ 17; 134/1987, FJ 5 y 97/1990, FJ 3). En tal sentido, la opción de requerir la existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible, por lo que es legítimo propugnar que la actual pensión de viudedad se extienda por el legislador a las uniones estables de hecho» (STC 184/1990, FJ 3), «sean o no heterosexuales» (ATC 222/1994, de 11 de julio, FJ 2). En suma, «habrá de ser, en su caso, el legislador quien decida proceder a dicha extensión, con los requisitos y en los términos que se consideren pertinentes, y en el marco de una nueva y coherente ordenación de la citada pensión, singularmente si la convivencia establece sin vínculo matrimonial se instalara como una práctica social extendida» (STC 184/1990, FJ 5).

4. En el ejercicio de ese amplio margen de libertad de configuración al que tantas veces hemos hecho mención el legislador ha procedido en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, a la extensión de los beneficios de la pensión de viudedad a las parejas de hecho estables (tanto heterosexuales como homosexuales), pero sin llegar a la plena equiparación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad entre los matrimonios y las parejas de hecho.

En efecto, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, introduce relevantes reformas en la regulación de la acción protectora de nuestro sistema de Seguridad Social, siguiendo las recomendaciones señaladas en el acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno y los interlocutores sociales UGT, CCOO, CEOE y CEPYME, y teniendo en cuenta las prioridades establecidas por el pacto de Toledo en su renovación parlamentaria de 2003, conforme se detalla en el preámbulo de dicha ley.

En particular, por lo que se refiere a las prestaciones de muerte y supervivencia las mayores novedades introducidas por la Ley 40/2007 atañen precisamente a la pensión de viudedad y, dentro de ésta, destaca en especial su reconocimiento a los supervivientes de parejas de hecho estables que, además de los requisitos generales de alta y cotización (como en el caso de los matrimonios), acrediten una convivencia estable y notoria con el causante con carácter inmediato al fallecimiento de éste y con una duración ininterrumpida de al menos cinco años, así como la constitución formal de la pareja de hecho, mediante la inscripción en alguno de los registros específicos que hubieran sido creados al efecto o mediante la formalización de la unión en documento público (inscripción o formalización que deberán haberse producido como mínimo con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante), a lo que se añade el requisito de la situación de dependencia económica del conviviente superviviente, en un porcentaje variable en función de sus ingresos y de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad [art. 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)]. Con ello se intenta, como también señala el preámbulo de la Ley 40/2007, «una aproximación, en la medida de lo posible, a la institución matrimonial», toda vez que, «habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualdad en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad».

Esta importante reforma legal, que se sitúa en la necesidad de atender las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares, dando así respuesta a una creciente demanda social, despliega su eficacia jurídica respecto de los hechos causantes que acaezcan a partir de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, esto es, a partir del 1 de enero de 2008, conforme a la regla general según la cual en materia de Seguridad Social la norma aplicable para causar derecho a la prestación de que se trate es la vigente en el momento de producirse el hecho causante.

Valga recordar una vez más que, en la determinación de las situaciones de necesidad que han de ser atendidas, el legislador tiene un amplio margen de apreciación a la hora de regular y modificar las prestaciones para adaptarlas a las necesidades del momento, teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen, las circunstancias socioeconómicas, la disponibilidad de medios de financiación y las necesidades de los diversos grupos sociales, así como la importancia relativa de las

mismas (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 134/1987, de 21 de julio, FJ 5; 97/1990, de 24 de mayo, FJ 3; 184/1990, FJ 5; y 197/2003, de 30 de octubre, FJ 3, por todas).

En tal sentido, aunque en su configuración actual (que tiene su origen en la reforma introducida por la Ley 24/1972, de 21 de junio) la pensión de viudedad en el caso de matrimonio (art. 174.1 LGSS) no tenga por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia económica, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite, y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges), no es menos cierto que ello no impide que el legislador pueda configurarla legítimamente en el futuro de distinto modo, condicionando su reconocimiento o su cuantía (o su compatibilidad con otras rentas del trabajo o pensiones del beneficiario) a la existencia de un estado real de necesidad del supérstite o de dependencia económica del causante, así como, en su caso, a la existencia de cargas familiares (como así se ha sugerido en alguna ocasión en las recomendaciones del pacto de Toledo, con la finalidad de recuperar la configuración originaria de la pensión de viudedad como prestación sustitutiva de las rentas perdidas por el óbito del causante).

Tal es, justamente, la ordenación de la pensión de viudedad en el caso de parejas de hecho estables que introduce la Ley 40/2007 (dando nueva redacción al art. 174.3 LGSS) para hechos causantes acaecidos a partir de su entrada en vigor (1 de enero de 2008), de tal suerte que su reconocimiento se fundamenta en la concurrencia de una situación real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares.

5. Además de lo anterior –y ello nos sitúa ya en el problema a abordar en la presente cuestión– la Ley 40/2007 establece también en su disposición adicional tercera una regla de carácter excepcional y eficacia retroactiva favorable, que permite acceder a la pensión de viudedad a los supérstites de parejas de hecho estables en las que el fallecimiento del causante hubiere tenido lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, siempre que se cumplan una serie de requisitos, entre ellos el de haber tenido hijos en común, que es el requisito cuestionado y que excluye de la pensión de viudedad a los supérstites de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se hubiese producido antes del 1 de enero de 2008 y que no hubiesen tenido comunes, aunque cumplan el resto de requisitos establecidos por la referida disposición adicional para acceder a la pensión.

La pensión de viudedad regulada en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 se configura así como una prestación de carácter excepcional, pensada para atender situaciones de necesidad acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha reforma legal, como excepción a la regla general en materia de Seguridad Social conforme a la cual, como ya se dijo, la norma aplicable para causar derecho a la prestación de que se trate es la vigente en el momento de producirse el hecho causante.

Justamente por ello, porque no se pretende ampliar retroactivamente la protección de la pensión de viudedad de parejas de hecho (con independencia de su orientación sexual) a cualquier supuesto, sino a concretas situaciones de necesidad acaecidas antes del 1 de enero de 2008 que el legislador ha considerado merecedoras de protección, por tratarse de uniones *more uxorio* dotadas de estabilidad y permanencia, es por lo que se establece en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 una serie de requisitos sin el concurso de los cuales no cabe acceder a esta pensión de carácter excepcional: a) acreditación por el causante de los requisitos de alta y cotización a que se refiere el art. 174.1 LGSS (es decir, los mismos que se exigen para causar derecho a la pensión «ordinaria» de viudedad); b) convivencia ininterrumpida de los miembros de la pareja durante, al menos, los seis años inmediatamente anteriores al fallecimiento del causante (frente a los cinco exigidos para hechos causantes producidos tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007); c) haber tenido hijos en común; d) incompatibilidad de esta pensión excepcional con cualquiera otra pensión contributiva a la que pudiera tener derecho el beneficiario (frente a lo establecido para la pensión «ordinaria» de viudedad en el art. 179.1 LGSS, que determina su compatibilidad con el percibo por parte del beneficiario de cualquier otra

pensión contributiva a la que pudiera tener derecho); y e) presentación de la solicitud en el plazo improrrogable de doce meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley 40/2007 (lo que significa que esta pensión de carácter excepcional sólo pudo ser solicitada desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2008). De tales requisitos, acumulativos e inexcusables, el órgano judicial sólo cuestiona, como se ha dicho, la constitucionalidad de la exigencia de haber tenido hijos en común.

El Juzgado promotor de la cuestión considera en efecto, como quedó reflejado en los antecedentes, que la exigencia de haber tenido hijos comunes, establecida por la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 para tener derecho a pensión de viudedad en caso de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se produjo antes de la entrada en vigor de dicha Ley (1 de enero de 2008), constituye un requisito de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho del mismo sexo y, por ello, comporta un trato desfavorable por causa de la orientación sexual, prohibido por el art. 14 CE, ya se entienda como discriminación directa o, más bien, como discriminación indirecta, por cuanto, aunque se trate de un requisito aparentemente «neutral», excluye de la pensión a las parejas de hecho del mismo sexo, dada la imposibilidad biológica para estas uniones de tener hijos comunes y la imposibilidad legal de adoptar en común hasta fechas recientes, como sucede en el caso enjuiciado en el proceso *a quo*, en el que la defunción del causante se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley catalana 3/2005, de 8 de abril, por la que se autorizó la adopción en común a las parejas de hecho del mismo sexo.

6. Así pues, el Juzgado promotor de la cuestión no fundamenta su duda sobre la constitucionalidad del precepto legal cuestionado en la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, sino desde la perspectiva de las prohibiciones de discriminación que este mismo precepto constitucional enuncia a continuación, entre las que, desde luego, ha de entenderse comprendida la discriminación por causa de la orientación sexual, pues si bien es cierto que esta causa no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación (por todas, STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3).

Sin embargo, nuestro enjuiciamiento sobre la constitucionalidad del precepto legal cuestionado ha de comenzar por su escrutinio desde la perspectiva de la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, toda vez que el requisito de «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes» para tener derecho a la pensión de viudedad cuando el hecho causante se hubiere producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, no tiene en cuenta la orientación sexual de la pareja de hecho como factor determinante del excepcional acceso retroactivo a la pensión, sino la existencia o inexistencia de descendencia común, biológica o adoptiva. Dicho de otro modo, el requisito establecido en la cuestionada letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 se exige a todas las parejas de hecho, con independencia de que sus componentes sean de distinto o del mismo sexo, y ello al margen (claro está) de que el requisito sea, como señala el Juzgado promotor de la cuestión, de más difícil o incluso imposible cumplimiento en el caso de las parejas homosexuales, dada la imposibilidad biológica de que las parejas homosexuales tengan hijos entre sí y la imposibilidad legal de adopción conjunta por estas parejas (también de las parejas de hecho formadas por miembros de distinto sexo) hasta fechas relativamente recientes, cuando diversas Comunidades Autónomas han aprobado leyes que permiten la adopción conjunta por las parejas de hecho.

Examinada la cuestión desde la perspectiva de la cláusula general de igualdad, se hace necesario recordar que, como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio (recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato

normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

De esta suerte, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En suma, el principio de igualdad en la ley no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4, por todas).

Debemos, en consecuencia, determinar si la diferencia de trato que el referido requisito legal contenido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 establece entre parejas de hecho con hijos en común y parejas de hecho que no hubiesen tenido hijos comunes, responde a una finalidad objetivamente justificada, razonable y proporcionada.

7. Nada dice la exposición de motivos de la Ley 40/2007 acerca de las razones que han llevado al legislador a establecer la exigencia de que la pareja de hecho hubiese tenido hijos en común como requisito *sine qua non* para poder causar derecho a la especial pensión de viudedad prevista en la disposición adicional tercera de dicha Ley.

Por su parte, como ha quedado reflejado en el relato de antecedentes de la presente Sentencia, el Fiscal General y el Abogado del Estado vienen a coincidir en sus escritos de alegaciones en que la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 contiene una norma excepcional cuya finalidad es la de ampliar retroactivamente el derecho a la pensión de viudedad, si bien no para cualquier supuesto de parejas de hecho estables, sino sólo para situaciones de convivencia *more uxorio* cualificada, de suerte que la descendencia común no sólo se erigiría en el presupuesto mismo de la concreta situación de necesidad que se pretende atender mediante esta prestación especial (disminución de ingresos producida por el óbito de uno de los miembros de la pareja de hecho cuya convivencia resulta notoria y prolongada en el tiempo), sino que, a la vez, permitiría conjurar el riesgo de que se produzcan reclamaciones abusivas o fraudulentas fundadas en hechos pretéritos de dudosa probanza (teniendo en cuenta que la creación de los registros municipales de uniones de hecho es relativamente reciente), en detrimento de la adecuada asignación de los recursos económicos —escasos frente a las necesidades de protección siempre crecientes— del sistema de Seguridad Social.

De este modo, según la tesis del Fiscal General y del Abogado del Estado, el requisito legal cuestionado operaría como un indicador inequívoco de la existencia efectiva de la relación de convivencia que se pretende proteger, lo que se acomodaría al carácter excepcional de la pensión de viudedad regulada por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, y por ende a la finalidad de evitar que accedan a esta prestación situaciones en las que la pretendida convivencia *more uxorio* no resultase plenamente acreditada, finalidad que, a juicio del Fiscal General y del Abogado del Estado, resulta adecuada para garantizar la equidad, eficiencia y economía del gasto público en materia de pensiones públicas, dentro del margen de apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales, (arts. 31.2 y 41 CE), y que no contraviene los mandatos de protección social de la familia y en particular de los hijos menores (art. 39 CE).

Sin embargo, este Tribunal no aprecia que los razonamientos del Fiscal General y del Abogado del Estado a favor de la constitucionalidad del precepto legal cuestionado permitan entender que la diferencia de trato que establece entre parejas de hecho responda a una justificación objetiva y razonable, en función del objetivo perseguido.

En efecto, el requisito legal cuestionado no puede 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, debiendo repararse en que la propia disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, en su letra b), ya establece como requisito autónomo para acceder a la pensión, al margen de la descendencia, que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida como pareja de hecho con el causante durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste, en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, del art. 174.3 LGSS.

Es decir, tanto en el supuesto excepcional de la pensión de viudedad *more uxorio* previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (para hechos causantes acaecidos antes del 1 de enero de 2008), como en el supuesto «ordinario» de la pensión de viudedad *more uxorio* regulado por el citado art. 174.3 LGSS (para hechos causantes a partir del 1 de enero de 2008), el cumplimiento del requisito de convivencia estable y notoria como pareja de hecho con carácter inmediato al fallecimiento del causante se acredita del mismo modo (durante un periodo mínimo que es, por cierto, superior en el caso de la pensión de viudedad de carácter excepcional regulada por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007), esto es, mediante el certificado municipal de empadronamiento.

8. Descartado que la diferencia de trato entre parejas de hecho que establece el requisito contenido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 se justifique por la conveniencia de acreditar de forma inequívoca una efectiva y estable convivencia *more uxorio* entre el causante y el beneficiario, a fin de evitar posibles reclamaciones abusivas o fraudulentas, debemos asimismo rechazar que dicho requisito encuentre justificación objetiva y razonable en una pretendida finalidad de otorgar protección social a una concreta situación de necesidad.

Ciertamente, en la libertad de configuración que le corresponde, el legislador se encuentra plenamente legitimado para considerar como merecedoras de mayor protección *ex arts. 39 y 41 CE* mediante la pensión de viudedad –y al margen de la pensión de orfandad que pueda corresponder a los hijos– aquellas situaciones de necesidad en las que existan cargas familiares para el supérstite, porque entienda que en tales supuestos se acrecienta el daño económico que para el sobreviviente resulta de la disminución de ingresos producida por el fallecimiento del causante. En este sentido, la mayor situación de dependencia económica que puede suponer, al menos en hipótesis, la existencia de hijos en común de la pareja de hecho a cargo del miembro supérstite (cuando los hijos sean menores de edad o discapacitados) podría considerarse como justificación objetiva y razonable del requisito legal cuestionado, si no fuera porque los propios términos en que dicho requisito aparece formulado en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 privan de fundamento a semejante conclusión.

En efecto, el precepto cuestionado exige únicamente que «el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes», lo que significa que –cumplidos los restantes requisitos que señala el legislador– se puede acceder a la pensión de viudedad excepcional regulada en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 tanto si existen hijos comunes de la pareja de hecho a cargo del supérstite, como si los hijos comunes de la pareja no sobreviven al causante o no se encuentran ya a cargo del supérstite por ser mayores de edad. En definitiva, cumplida la exigencia de que la pareja de hecho hubiese tenido hijos en común, resulta indiferente para el acceso a la pensión regulada por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 que esos hijos sean menores o mayores de edad, su convivencia o no con sus progenitores, su dependencia económica del supérstite, o incluso si sobreviven al causante o han fallecido. Dicho de otro modo, 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.

La diferencia de trato que establece el requisito legal cuestionado se revela así carente de una justificación objetiva y razonable, porque no responde a la finalidad de la pensión (contributiva) de viudedad configurada por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (referida a hechos causantes acaecidos antes de su entrada en vigor, de ahí su carácter excepcional) que no es propiamente la de atender a una real situación de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien 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.

Pero sucede también que ese requisito (haber tenido hijos en común) no sólo carece de justificación constitucionalmente legítima por las razones expuestas, sino que, además, resulta ser de imposible cumplimiento, por razones biológicas, tanto para las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo como para las parejas de hecho de distinto sexo que no pudieron tener hijos por causa de infertilidad, a lo que ha de añadirse que la posibilidad de adopción de niños por las parejas de hecho ha estado vetada en nuestro ordenamiento jurídico hasta fechas relativamente recientes, como ya se dijo, lo que significa que el requisito cuestionado tampoco podía ser cumplido por vía de adopción en el caso de aquellas parejas de hecho en las que el fallecimiento de uno de sus miembros se produjo antes de la entrada en vigor de la normativa legal autonómica aplicable en cada caso que permite la adopción conjunta a las parejas de hecho, del mismo o de distinto sexo.

9. Lo expuesto permite concluir que el requisito contenido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley consagrado por el art. 14 CE, pues la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece, como se ha visto, a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial regulada en la referida disposición adicional de la Ley 40/2007 (aplicable sólo a hechos causantes acaecidos antes de su entrada en vigor), sino que conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes.

Ello conduce a declarar por este motivo la inconstitucionalidad y nulidad de la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, lo que hace innecesario que nos pronunciemos acerca de si, además, el precepto en cuestión conlleva una vulneración de la prohibición de discriminación en función de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que art. 14 CE se refiere, en particular por causa de la orientación sexual, en la medida en que el requisito de haber tenido hijos comunes resulta de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho del mismo sexo, conforme a los argumentos que han quedado anteriormente expuestos.

Ha de advertirse que esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad, que tiene efectos *erga omnes* desde la fecha de publicación de la presente Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 164.1 CE y art. 38.1 LOTC), 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 disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 en el plazo de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de dicha Ley, puedan reclamar ahora la pensión, toda vez que el referido requisito temporal, establecido en la letra e) de la misma disposición, ni ha sido cuestionado, ni cabe que este Tribunal 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 art. 39.1 LOTC. Tampoco permite, claro está, 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 disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (art. 40.1 LOTC).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

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.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a catorce de febrero de dos mil trece.—Pascual Sala Sánchez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Francisco José Hernando Santiago.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Firmado y rubricado

Voto particular que formula el Magistrado don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel a la Sentencia dictada por el Pleno con fecha 14 de febrero de 2013 que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 8970-2008, al que se adhieren los Magistrados don Ramón Rodríguez Arribas, don Andrés Ollero Tassara y don Juan José González Rivas

Con el debido respeto al parecer mayoritario del Pleno del Tribunal Constitucional, en uso de la facultad que me atribuye el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, me veo en la obligación de manifestar a través de este Voto particular mi discrepancia con el fallo y la fundamentación jurídica (concretamente los fundamentos jurídicos 7, 8 y 9) de la Sentencia que ha estimado la presente cuestión de inconstitucionalidad.

La principal razón de mi discrepancia radica en que, a mi juicio, contra el parecer mayoritario del Tribunal, el requisito de haber tenido hijos comunes, establecido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, para acceder a la pensión de viudedad, que con carácter excepcional y retroactivo allí se establece, era un requisito razonable.

La jurisprudencia constitucional ha venido declarando de manera reiterada que «el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social, es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél» (STC 128/2009, de 1 de junio, FJ 4), y en relación con la pensión de viudedad ha manifestado, concretamente, que «el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales» (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 3)

Pues bien, disponiendo de estos márgenes de libertad, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, decidió extender la pensión de viudedad a los supérstites de las parejas de hecho, pero no presumiendo sin más como en los supuestos de matrimonio la existencia de la situación de necesidad (art. 174.1 Ley general de la Seguridad Social: LGSS), sino

exigiendo la concurrencia de determinados requisitos que actúan como criterios de delimitación de la situación protegida. Para los hechos causantes posteriores a la Ley 40/2007, el legislador optó por definir la situación de necesidad mediante un elemento de ponderación económica que atiende al nivel de ingresos del supérstite en el momento de producirse el fallecimiento, o en su caso, en el año inmediatamente anterior y por referencia a su proporción respecto a la suma con los del causante (art. 174.3 LGSS). En los supuestos en que el hecho causante se había producido antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, y habida cuenta de que se trataba de configurar una pensión excepcional, de carácter retroactivo y de que el fallecimiento del causante podía haber acontecido años atrás, el legislador optó por delimitar la situación de necesidad mediante un criterio de ponderación distinto y vino a exigir para otorgar el derecho a la pensión «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes» (letra c) disposición adicional tercera Ley 40/2007).

A mi entender, que el legislador decidiera utilizar el hecho de haber tenido descendencia común como criterio de selección de la situación merecedora de protección no puede considerarse carente de justificación objetiva y razonable, atendidos los limitados recursos económicos del sistema de Seguridad Social. Haber tenido hijos en común implica la existencia de mayores cargas familiares, anteriores y/o posteriores al hecho causante, cuya atención incide en todo caso sobre la capacidad económica del superviviente. Su valoración por el legislador, por tanto, encaja perfectamente en la lógica de esta prestación dirigida a compensar el daño que la muerte del causante produce en el beneficiario por la falta o minoración de ingresos de los que participaba, sin que resulte desprovisto de sentido presumir que este daño es mayor cuando han existido hijos comunes. La exigencia de hijos comunes no es, por lo demás, un requisito ajeno a la regulación de la pensión de viudedad, pues el legislador lo contempla también en otros supuestos (art. 174.1 *in fine* LGSS).

En la lógica de la regulación sometida a nuestra consideración, el requisito cuestionado desplegaba una segunda virtualidad y era la de constituir un indicio probatorio concluyente de la existencia de la pareja de hecho, entendida en los términos legales como la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal [letra b) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 por remisión al primer inciso del párrafo cuarto del art. 174.3 LGSS]. Para los supuestos en los que el hecho causante es posterior a la Ley 40/2007, el art. 174 LGSS en los incisos segundo y tercero de su párrafo cuarto, exige, como regla común, que la existencia de la pareja de hecho se acredite mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja, que en todo caso deberá haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto de la fecha de fallecimiento del causante. En los supuestos en los que el hecho causante es anterior a la Ley 40/2007, el carácter retroactivo de la pensión de viudedad llevó al legislador a no exigir estas formalidades para acreditar la existencia de la pareja de hecho, estableciendo en su lugar la exigencia de haber tenido hijos en común, requisito que actuaba como concluyente indicador de la veraz existencia de dicha unión y que servía para conjurar el riesgo de que se produjeran reclamaciones abusivas o fraudulentas y se acabara reconociendo la pensión de viudedad a quienes, pese a acreditar el periodo de convivencia exigido por la norma, no hubieran mantenido realmente con el causante la relación de afectividad análoga a la conyugal que la Ley requiere para ser beneficiario de la prestación.

En mi opinión, por consiguiente, tampoco desde esta perspectiva, el requisito cuestionado puede considerarse injustificado, antes al contrario, resulta completamente acorde con el deber constitucional de que la ejecución del gasto público, en este caso en materia de prestaciones de Seguridad Social, se realice de acuerdo con el principio de eficiencia (art. 31.2 CE).

Se produce, además, la situación paradójica de que, tras la intervención «racionalizadora» del Tribunal Constitucional, la regulación de la «pensión de viudedad

en supuestos especiales» prevista en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, resulta menos razonable que la originaria, y ello por dos razones:

En primer lugar, porque, declarado inconstitucional y nulo el requisito de que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes, se priva al precepto del único instrumento del que éste se servía para constatar la existencia de una relación de afectividad análoga a la conyugal y, en consecuencia, para acreditar la existencia de la pareja de hecho bastará acreditar una convivencia ininterrumpida, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento del causante.

En segundo lugar, porque, eliminado el requisito en cuestión, el acceso a la pensión «excepcional» y retroactiva que configuró el legislador resulta más asequible que el previsto con carácter general para las parejas de hecho.

En conclusión, el requisito que la mayoría del Pleno considera irrazonable, a mi juicio, no lo es y, anulado el mismo, la regulación legal queda seriamente menoscabada en su lógica.

Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil trece.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Ramón Rodríguez Arribas.—Andrés Ollero Tassara.—Juan José González Rivas.—Firmado y rubricado.