

**Sección del Tribunal Constitucional****TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**5193** *Sala Primera. Sentencia 81/2016, de 25 de abril de 2016. Cuestión de inconstitucionalidad 7331-2015. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en relación con la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008. 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 (STC 41/2013). Voto particular.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García y don Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7331-2015, planteada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en relación con la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado, la Fiscal General del Estado y doña Concepción Indarte Aparicio representada por la Procuradora doña Ana María Arauz de Robles Villalón. Ha sido Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

**I. Antecedentes**

1. Con fecha 23 de diciembre de 2015 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Constitucional escrito de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional al que se acompaña, además del testimonio del procedimiento Auto de 3 de diciembre de 2015, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008, al poder ser contraria al art. 14, en relación con el art. 9.2, ambos de la Constitución.

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

a) Doña Concepción Indarte Aparicio solicitó el 19 de septiembre de 2006 la pensión que pudiera corresponderle como pareja de hecho de don J.G.G., fallecido el 24 de agosto de 2006, que era pensionista, al amparo del título II de la Ley 37/1984. La Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas le denegó la solicitud de pensión por acuerdo de 20 de octubre de 2006, dada la inexistencia de vínculo conyugal con el causante. Recurrido en reposición el citado acuerdo fue desestimado por resolución de 7 de febrero de 2007, reiterando que de acuerdo con la legislación vigente al tiempo de

fallecer el causante, solo tenían derecho a la pensión de viudedad quienes fueran o hubieran sido cónyuge del causante. Las anteriores resoluciones denegatorias fueron impugnadas mediante reclamación económico-administrativa que fue desestimada por el Tribunal Económico-Administrativo Central por resolución de 12 de septiembre de 2007, que no consta fuera recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa por la solicitante.

b) Con fecha 14 de enero de 2008, doña Concepción Indarte Aparicio solicitó nuevamente pensión de viudedad como pareja de hecho de don J.G.G, al considerar que reunía los requisitos establecidos en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 diciembre, aportando certificado extendido por la Secretaría General Técnica de la Comunidad Autónoma de Madrid, en el que se hacía constar que figuraban inscritos en el registro de uniones de hecho desde el 5 de febrero de 1997, formando una unión de las previstas en el art. 1 de la Ley 11/2001, de 19 diciembre.

Requerida para que presentase declaración de que el causante no tenía vínculo matrimonial subsistente con otra persona, así como para que aportase fotocopia cotejada de la hoja del libro de familia o certificado de nacimiento de los hijos comunes habidos con el causante, puso de manifiesto que no habían tenido hijos comunes y que sufrió un aborto a los cinco meses de gestación. Por la Dirección General de Costes de Personal y de Pensiones Públicas se dictó acuerdo, de fecha 5 de marzo de 2008, denegando la pensión de viudedad solicitada por no concurrir todos los requisitos de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007 y, en concreto, el de no haber tenido la petitionería y el causante hijos comunes. Dicha denegación fue confirmada por resolución de 29 de abril de 2008 que desestimó el recurso de reposición interpuesto; asimismo fue desestimada la reclamación económico-administrativa interpuesta ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, en resolución de fecha 8 de octubre de 2008. No consta que la solicitante hubiera impugnado las anteriores resoluciones ante la jurisdicción contenciosa.

c) Mediante escrito de fecha 26 de febrero de 2013, doña Concepción Indarte Aparicio presentó nueva solicitud de revisión del acuerdo que le denegó la pensión de viudedad por considerar que reunía todos los requisitos legales para tener derecho a la pensión como pareja de hecho del causante don J.G.G., puesto que la Ley 51/2007 de presupuestos generales del Estado, había sido modificada en su disposición adicional decimoquinta, en virtud de la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 14 de febrero de 2013, STC 41/2013, que declaró la inconstitucionalidad del requisito contenido en el apartado c) de haber existido hijos comunes de la pareja de hecho. Esta solicitud de revisión fue desestimada por resolución de 30 de abril de 2013, de la Dirección General de costes de personal y pensiones públicas, por no concurrir todas las circunstancias exigidas en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, dado que el causante y la beneficiaria no tuvieron hijos comunes. Asimismo, se ponía de manifiesto que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 41/2013, de 14 febrero, había declarado la inconstitucionalidad y nulidad de la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, por lo que dicha declaración no afectaba a la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007.

Interpuesto recurso de reposición contra dicha resolución, ésta fue confirmada por nueva resolución de 27 de junio de 2013, así como fue desestimada el 27 de marzo de 2014 la reclamación económica administrativa interpuesta ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, en la que se alegaba de nuevo que debería reconocérsele el derecho a la pensión de viudedad, puesto que la STC 41/2013, de 14 febrero, había declarado inconstitucional el requisito de que hubiera hijos comunes del causante y la solicitante de la pensión. La resolución denegatoria del Tribunal Económico-Administrativo Central se fundaba en que la STC 41/2013 invocada, se pronuncia sobre el apartado c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, referida al régimen de la Seguridad Social, mientras que la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007 tiene su ámbito de aplicación en el régimen de clases pasivas. Posteriormente, se recurrió dicha resolución de 27 de marzo de 2014, en anulación que fue declarada inadmisibile por resolución del Tribunal Económico-

Administrativo Central, de fecha 25 de junio de 2014, al no darse ninguno de los supuestos de nulidad que contempla el art. 239.6 de la Ley general tributaria.

d) Contra la resolución denegatoria de reconocimiento de la pensión de viudedad del Tribunal Económico-Administrativo Central de 27 de marzo de 2014, y contra la resolución de 25 de junio de 2014 que inadmitió el recurso de anulación formulado contra la primera, se interpusieron los recursos contencioso administrativos núms. 234-2014 y 290-2014 que fueron acumulados. En su demanda la recurrente alegó, sustancialmente, su derecho a que se le reconociera el derecho a la pensión de viudedad por entender aplicable la STC 41/2013, de 14 febrero, que había declarado inconstitucional la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 y el requisito de que existieran hijos comunes, también respecto del mismo requisito exigido en el apartado c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, dada la igualdad de situaciones existentes y teniendo en cuenta la tendencia homogeneizadora en la legislación que regula las pensiones en ambos regímenes.

Tramitado el recurso contencioso administrativo 234-2014, como procedimiento ordinario ante la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y, estando aquel concluso y pendiente de deliberación y fallo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo acordó suspender dicho trámite y por Auto de fecha 14 de octubre de 2015, se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, por poder ser contraria a lo dispuesto por el art. 14, en relación con el art. 9.2, ambos de la Constitución.

El Auto argumenta, en síntesis, que la recurrente entiende directamente aplicable a su caso la inconstitucionalidad declarada por la STC 41/2013, de 14 de febrero, en el punto referente a la necesidad de descendencia común y entiende el Auto que no siendo aplicable directamente dicha Sentencia al referirse a distinto precepto de una ley diversa, y ni siquiera por analogía, al existir un precepto vigente que regula la materia de igual forma que el declarado inconstitucional, plantea a las partes y al Ministerio Fiscal que realicen alegaciones sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

La demandante en su trámite de alegaciones sostuvo de modo principal que era aplicable, directamente, en el régimen de clases pasivas, la declaración de inconstitucionalidad del requisito de la existencia de hijos comunes que había realizado la STC 41/2013, respecto de la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, dada la eficacia *erga omnes* de la misma. Subsidiariamente, no se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad si la Sala lo consideraba necesario.

Por la Abogacía del Estado se manifestó que no era procedente el planteamiento de la cuestión, al no tratarse de dos supuestos con identidad jurídica esencial, dado que por una parte la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 y la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, son respectivamente disposiciones aplicables a pensiones con régimen diferente, como el de la Seguridad Social y el de clases pasivas respectivamente y, por otro lado, señalaba que en el caso de la STC 41/2013 invocada, el proceso de origen tenía como objeto el reconocimiento de una pensión de viudedad respecto de una pareja de hecho homosexual, mientras que en el caso en el que se trataba de plantear la cuestión de inconstitucionalidad era una pareja de hecho heterosexual.

Por el Ministerio Fiscal se alegó que cumpliéndose los presupuestos procesales exigibles, no se oponía al planteamiento de la cuestión suscitada, sin perjuicio de que el dictamen de fondo sobre la validez constitucional de la norma cuestionada correspondía a la Fiscal General del Estado en sede constitucional.

3. Mediante Auto de 3 de diciembre de 2015, la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordó el planteamiento ante el Tribunal Constitucional de la presente cuestión de inconstitucionalidad respecto de la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 diciembre, de

presupuestos generales del Estado, por poder infringir los arts. 9.2 y 14 CE y fundamentando su planteamiento en las consideraciones que seguidamente se resumen.

a) Por lo que se refiere al juicio de aplicabilidad y relevancia mantiene el Auto que la norma de cuya constitucionalidad se duda resulta de aplicación al caso ya que fija un requisito excluyente para poder aplicar los beneficios de la nueva regulación contenida en la disposición legal para obtener la pensión de viudedad en el sistema de clases pasivas en los supuestos de parejas de hecho, cual es la existencia de hijos comunes. Y que de la validez de dicha norma con rango de ley depende el fallo, destacando la existencia de un nexo causal entre la norma y el fallo a pronunciar, de modo que la validez o invalidez de la norma cuestionada originaría una resolución distinta en cada caso.

b) Considera la Sala citada de la Audiencia Nacional que, ante la imposibilidad de aplicar por analogía la declaración de inconstitucionalidad que predica la recurrente, al existir un precepto legal vigente, que regula la materia de igual forma que el declarado inconstitucional, recogido en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, se plantea la posibilidad de someter esta cuestión de inconstitucionalidad de la disposición adicional decimoquinta, letra c), de la Ley 51/2007, al poder infringir el artículo 14 de la Constitución Española. Añade que «debe tenerse en cuenta que las veces anteriores en que la hoy recurrente ha solicitado el reconocimiento de la pensión de viudedad que hoy nos ocupa, nunca ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra las resoluciones que le desestimaban su petición de pensión, por lo que no existe el efecto inalterable de cosa juzgada» y que «por otro lado, en el supuesto en que se obtuviese la declaración de inconstitucionalidad, que se pretende plantear, nos hallaríamos que el panorama legislativo habría cambiado a como estaba presente en fechas 14 de enero de 2008, 5 de marzo de 2009 y 26 de febrero de 2013, (en las que solicitó dicho reconocimiento), por lo que se podría entender, que esta petición de 26 de febrero de 2013, es en realidad una solicitud de reconocimiento de derechos pasivos que se basa en haber desaparecido la incompatibilidad o concurrencia de percepciones o situaciones que hubieran servido de fundamento a una resolución denegatoria o limitativa de los mismos o en la existencia de hechos o derechos que no se tuvieron en cuenta o no existían al dictar el acuerdo primitivo». La Sala entiende por tanto que, en el supuesto de que se declarase inconstitucional el requisito de la tenencia en común de hijos entre el causante y la beneficiaria de la pensión de viudedad, exigida por la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, para los supuestos en los que el causante hubiese fallecido antes del día 1 de enero de 2008, la petición contenida en la solicitud de 26 de febrero de 2013, permitiría revisar la denegación de la pensión. Por tal motivo, entiende el Auto que dicho requisito podría ser contrario «al derecho a recibir un trato igual por la Ley previsto en el artículo 14, en relación con el 9.2, de la Constitución Española, puesto que dicho requisito se exige únicamente para poder aplicar los beneficios establecidos en la Ley 51/2007, con efectos retroactivos, a aquellos supuestos en que el causante hubiese fallecido antes del 1 de enero de 2008, entrada en vigor de la nueva regulación, requisito que no se exige cuando dicho fallecimiento se ha producido después de dicha fecha». Añadiendo que no queda justificada la exigencia del mencionado requisito para este caso, que, sin embargo, quedó eliminada por la STC 41/2013, de 14 de febrero, para lucrar por pareja de hecho la pensión de viudedad por el régimen general de la Seguridad Social; así como que tampoco se justifica la diferencia legal por el hecho de ser pareja de hecho homosexual o heterosexual.

4. Mediante providencia dictada el 2 de febrero de 2016 por el Pleno de este Tribunal se acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada y, de conformidad con lo establecido en el artículo 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), deferir la misma al conocimiento de la Sala Primera a la que por turno objetivo le había correspondido el conocimiento de la misma, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37.3 LOTIC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia, y a la Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de

quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes. Finalmente acordó comunicar dicha resolución a la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.3 LOTC, permaneciera suspendido el proceso hasta que este Tribunal resolviera definitivamente la presente cuestión, y publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado», publicación que tuvo lugar el 9 de febrero de 2016.

5. El Presidente del Congreso de los Diputados, mediante escrito registrado en este Tribunal el día 10 de febrero de 2016, comunicó que la Mesa de la Cámara, en su reunión del día 9 de febrero de 2016 había adoptado el acuerdo de personarse en el procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado en este Tribunal el 17 de febrero de 2016 comunicó que la Mesa de la Cámara en su reunión del día 16 de febrero de 2016 había acordado dar por personada a dicha Cámara en el procedimiento constitucional y por ofrecida su colaboración a los efectos del citado precepto legal.

6. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 19 de febrero de 2016 la representación procesal de doña Concepción Indarte Aparicio se personó en esta cuestión de inconstitucionalidad solicitando se le concediera plazo para formular alegaciones, que realizó mediante escrito registrado ante este Tribunal el 11 de marzo de 2016 advirtiendo de la similitud e incluso reproducción idéntica de la mención del requisito de la existencia de hijos comunes en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, declarada inconstitucional por la STC 41/2013, de 14 de febrero, y la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la ahora cuestionada, por lo que debe concluirse que ésta es asimismo inconstitucional por vulneración del art. 14 CE, en aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

7. El Abogado del Estado se personó en el presente proceso constitucional mediante escrito registrado en este Tribunal el 26 de febrero de 2016 y formuló alegaciones que seguidamente se resumen, solicitando se dictara Sentencia íntegramente desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Señala el Abogado del Estado que «el Auto judicial de planteamiento fundamenta, en definitiva, su postura en relación con la supuesta inconstitucionalidad del precepto en cuanto al término de comparación que provee un distinto tratamiento normativo entre las parejas homosexuales y aun las integradas por personas de distinto sexo pero sin capacidad de engendrar, por un lado, y, las integradas por personas de distinto sexo con capacidad de engendrar, por otro, considerando ese distinto trato una diferencia con relevancia constitucional por la imposibilidad de las primeras de tener hijos comunes naturales, biológicos».

Considera el Abogado del Estado que el aspecto conflictivo es, por consiguiente, «la imposibilidad de descendencia biológica, pues sí pueden, legalmente, en cambio, las uniones antes relacionadas en el primer grupo, tener hijos adoptivos comunes». Incluso las uniones de personas del mismo sexo pueden adoptar conjuntamente ya a partir de la Ley 13/2005, de 1 de julio, en relación con la disposición adicional tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre que modificó el Código civil en materia de adopción equiparando a estos efectos el matrimonio a las uniones de hecho. Y las de distinto sexo, a partir de la vigencia de esta última Ley.

Discrepa el Abogado del Estado de que éste sea el único «término de comparación para concluir si hay o no desigualdad con relevancia constitucional» o si la norma es arbitraria infringiendo el art. 9.2 CE puesto que la STC 41/2013, de 14 de febrero, se pronunciaba sobre la desestimación de una solicitud de pensión de viudedad en el régimen general de la Seguridad Social y en el actual caso se produce la denegación en el régimen de clases pasivas.

Y recuerda el carácter especial del régimen de clases pasivas del Estado conforme a lo previsto en el art. 10 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social,

aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, Dice la jurisprudencia constitucional que «los distintos regímenes de Seguridad Social no son términos homogéneos de comparación a los efectos del artículo 14 de la Constitución, por lo que este precepto no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre aquellos regímenes» (STC 268/1993, de 20 de septiembre, FJ 2). Y ello porque «la articulación del sistema en un régimen general y diversos regímenes especiales se justifica por las peculiaridades socioeconómicas, laborales y productivas, históricas o de otra índole que concurren (STC 377/1993, de 20 de diciembre, FJ 3). Asimismo «la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico» (SSTC 103/1984, de 12 de noviembre, FJ 4, y 38/1995, de 13 de febrero, FJ 2).

El Abogado del Estado afirma que es cierto que la STC 39/1992, de 30 de marzo, afirmó que la diversidad de regímenes jurídicos no impide sin más la aplicación del art. 14 CE, sino que sería necesario comprobar si efectivamente y desde una perspectiva material, «esa diversidad responde a diferencias reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyen suficiente justificación del tratamiento desigual» (FJ 8), por lo que, a quien defienda la constitucionalidad de la diferencia le corresponde ofrecer la justificación de la misma. Pero entiende que en modo alguno lo anterior puede excluir que el legislador posee 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 y concretamente respecto a la pensión de viudedad, como indicó la STC 69/2007, de 16 de abril, al afirmar 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» (FJ 3), por lo que entiende la Abogacía del Estado que lo decisivo será el juicio de proporcionalidad, para lo que enfrenta la estabilidad en el empleo del funcionario respecto al trabajador por cuenta ajena que no tiene asegurada aquélla y concluye que esta diferencia puede suponer que se asuma como proporcionado que al trabajador por cuenta ajena se le compense en el régimen de protección con una mayor facilidad para lucrar la pensión de viudedad en el caso de las parejas de hecho, que en el sistema de clases pasivas que se exija reunir el requisito del apartado c) de la disposición adicional cuestionada, consistente en tener hijos comunes, sin que ello suponga vulneración de los arts. 14 y 9.2 CE.

En consecuencia, entiende el Abogado del Estado que los fundamentos de la STC 41/2013, de 14 de febrero, sólo pueden servir parcialmente en la presente cuestión de inconstitucionalidad pues es necesario asimismo argumentar la posibilidad de la existencia de distintos requisitos para devengar pensión de viudedad en el sistema de clases pasivas del Estado que los previstos para obtener dicha pensión en el sistema del régimen general de la Seguridad Social.

Por otra parte, alega que el aspecto relativo a la existencia de hijos comunes no es en este caso una diferencia de trato constitucionalmente relevante. Considera que se trata de un requisito exigible y proporcionado y no aprecia desigualdad con relevancia constitucional o trato normativo discriminatorio entre quienes, pudiendo reunir el requisito que la Ley establece, en el caso concreto no lo reúnen y quienes, aun siendo personas del mismo sexo, o de distinto siendo infértiles, pero pudiendo reunir el requisito a través de la adopción, no lo hacen por razones que en principio responden a su exclusiva voluntad. Y añade que dichos argumentos no coinciden con los declarados en la STC 41/2013, de 14 de febrero, pero apela de nuevo a la diferente naturaleza jurídica de la relación jurídica funcional y su régimen de clases pasivas respecto a la laboral y el régimen general de Seguridad Social y al respeto del principio de proporcionalidad de la exigencia de mayores requisitos para lucrar la pensión de viudedad en el primero de los sistemas.

Finalmente sostiene la Abogacía del Estado que la pensión de viudedad tiene por objeto subvenir situaciones de posible desequilibrio o de necesidad económica generada como consecuencia del fallecimiento del causante, situaciones que no existiendo hijos comunes no se producen por no existir esa carga económica familiar, discriminando

legítimamente el legislador la situación económica del superviviente según se tengan o no cargas familiares.

8. La Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones ante este Tribunal con fecha 23 de marzo de 2016, interesando la estimación de la presente cuestión. Pone de manifiesto la Fiscal General del Estado que la referida disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, aplicable a las pensiones de viudedad en supuestos especiales en el régimen de clases pasivas, contiene una regulación prácticamente idéntica a la que se establecía en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social. Ambas disposiciones venían a dotar de retroactividad al reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad que, a partir de estas Leyes se otorgaba a las parejas de hecho, tanto en el régimen de clases pasivas, como en el de la Seguridad Social, cuando el causante de la pensión había fallecido con anterioridad al 1 de enero de 2008, fecha de la entrada en vigor de dichas normas. En ambas disposiciones adicionales se establecen los requisitos que deberán cumplirse para poder obtener el reconocimiento de la pensión de viudedad en estos casos, siendo idéntico el requisito de tener hijos comunes. Y añade que el enjuiciamiento sobre la validez constitucional del apartado c) de la disposición adicional ahora cuestionada, en relación con el derecho de igualdad ante la ley del art 14 CE, exige estar al juicio de constitucionalidad que sobre la disposición adicional tercera, apartado c) de la Ley 40/2007, fue hecho por este Tribunal en su Sentencia 41/2013, de 14 de febrero. Sostiene la Fiscal General del Estado que existe una configuración prácticamente idéntica en ambas regulaciones y que dicha identidad, en las dos disposiciones que se dictan, casi al mismo tiempo y con la misma fecha de entrada en vigor, trae causa del mismo fundamento, que es el de reconocer a las parejas de hecho que cumplen determinados requisitos que acreditan una convivencia análoga a la matrimonial (convivencia *more uxorio*), las prestaciones que hasta ese momento solo se reconocían respecto a las uniones matrimoniales.

Entiende que la expresada identidad de fundamento y regulación que se observa en las dos disposiciones legales determina que los razonamientos en los que la STC 41/2013, basa la invalidez constitucional del requisito de la existencia de hijos comunes del causante y del beneficiario, que establece la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, resulten plenamente de aplicación para enjuiciar la validez constitucional de la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007. Y añade que con independencia del supuesto concreto en el proceso subyacente en el que se pronunció la STC 41/2013 y el que se da en el proceso del que trae causa la presente cuestión, lo cierto es que la STC 41/2013 declara la invalidez del requisito de la letra c) de la disposición adicional tercera de existencia de hijos comunes del causante y del beneficiario, por infracción del principio de igualdad del art 14 CE, con independencia de que se trate de una pareja de hecho heterosexual u homosexual, pues la reiterada Sentencia entiende que el trato desigual, no justificado ni proporcional, no confronta parejas de hecho heterosexuales y homosexuales, sino que la distinción opera entre las parejas de hecho en las que el causante falleció antes del 1 de enero de 2008 y aquellas en las que el causante falleció después de esta fecha, con independencia de su orientación sexual en ambos casos. Recuerda que en dicha Sentencia este Tribunal rechazó que la exigencia del requisito de existir hijos comunes de la pareja de hecho, cuyo causante falleció antes del 1 de enero de 2008, pueda tener justificación, tanto en la necesidad de acreditar de forma inequívoca una efectiva y estable convivencia *more uxorio* entre el causante y el beneficiario, a fin de evitar posibles reclamaciones abusivas o fraudulentas, como en una pretendida finalidad de otorgar protección social a una concreta situación de necesidad (FFJJ 7 y 8 de la STC 41/2013).

Afirma la Fiscal General del Estado que la referida Sentencia considera además que el requisito cuestionado «introduce una exigencia de imposible cumplimiento, no solo en el caso de parejas de hecho homosexuales por la imposibilidad biológica de tener hijos comunes, o de adoptarlos hasta hace relativamente poco tiempo, sino también en el caso de parejas heterosexuales en las que por razones de infertilidad no podían tener hijos

comunes, ni tampoco era factible legalmente hasta hace poco tiempo la adopción conjunta». Esto hace, a su juicio que el Tribunal estime en la STC 41/2013, que esta exigencia de la letra c) de la disposición adicional tercera Ley 40/2007, infringe el principio general de igualdad ante la ley del art. 14 CE, puesto que además de no estar objetivamente justificada, en relación con la finalidad de la prestación de viudedad que se reconoce excepcionalmente en el caso de parejas de hecho en las que el causante falleció con anterioridad, lleva a un resultado desproporcionado al impedir, injustificadamente el beneficio de la prestación a determinados supérstites que no pueden cumplir ese requisito por razones biológicas o jurídicas y resalta que, con posterioridad a la STC 41/2013, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad de la citada letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, este Tribunal, de acuerdo con la doctrina que estableció en la misma, en la STC 188/2014 estimó un recurso de amparo que traía causa de un proceso en el que, al igual que en el presente caso, se desestimó la pensión de viudedad del supérstite de una pareja de hecho heterosexual por no cumplir el requisito de la existencia de hijos comunes que establecía la referida letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007.

Finaliza el escrito de la Fiscalía indicando que no concurriendo razones objetivas que en la presente cuestión determinen la necesidad de otorgar un alcance más limitado a la declaración de inconstitucionalidad de la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, la extensión de sus efectos deberá ser la misma que la fijada por este Tribunal en la STC 41/2013.

9. Por providencia de 21 de abril de 2016 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 25 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto de la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008, por entender que pudiera ser contraria a los arts. 14 y 9.2 CE. Dicha disposición establece lo siguiente:

«Procederá el derecho a pensión de viudedad por el Régimen de Clases Pasivas del Estado, cualquiera que sea su legislación reguladora, así como por la legislación especial de guerra, cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurren las siguientes circunstancias: ... c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.»

Para la Sala promotora de la cuestión, la citada letra c) de la disposición adicional transcrita comporta un trato desfavorable no justificado que podría lesionar el art. 14 CE en relación con el art. 9.2 CE por las mismas causas que concurrieron en la declaración de inconstitucionalidad por este Tribunal de idéntico requisito establecido en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 mediante la STC 41/2013, de 14 de febrero.

Como se ha expuesto en los antecedentes, la Fiscalía General del Estado y la solicitante de la prestación de viudedad comparten los argumentos contenidos en el Auto de planteamiento, mientras que, el Abogado del Estado sostiene que los supuestos contemplados en ambas normas no son idénticos: la STC 41/2013 se refería a una pareja de hecho homosexual y a una pensión en el régimen general de la Seguridad Social, mientras que en supuesto que ahora se analiza se trata de pareja de hecho heterosexual y sometida la prestación al sistema de clases pasivas del Estado, diferencia suficiente para que no sean sin más aplicables los argumentos de la citada STC 41/2013, de 14 de febrero.

2. Como ha puesto de manifiesto el órgano judicial que promueve la cuestión de inconstitucionalidad, el apartado c) de la disposición adicional cuestionada, aplicable a las pensiones de viudedad en supuestos especiales en el régimen de clases pasivas, contiene un requisito idéntico al establecido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la

Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, cual es que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. Dicho requisito fue declarado inconstitucional por la STC 41/2013, de 14 de febrero.

En la STC 41/2013 consideramos que «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.» (FJ 6). Asimismo recordamos que «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.» (FJ 6) y descartamos que «el requisito legal cuestionado» pudiera «ser entendido como un indicador inequívoco de la existencia efectiva de la relación de convivencia *more uxorio* que se pretende proteger, pues ni la circunstancia de haber tenido hijos en común acredita una mayor estabilidad o solidez de la unión de hecho, ni dicha circunstancia constituye el único medio de prueba posible sobre la estabilidad de la pareja» (FJ 7). Por otra parte, si bien afirmamos que «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 superviviente (cuando los hijos sean menores de edad o discapacitados) podría considerarse como justificación objetiva y razonable del requisito legal cuestionado», sin embargo precisamos que «lo relevante para el legislador en el precepto cuestionado no es que sobrevivan hijos comunes de la pareja de hecho que dependan económicamente del progenitor superviviente, sino, exclusivamente, que la pareja de hecho haya tenido descendencia en común», lo que revelaba una diferencia de trato «carente de una justificación objetiva y razonable, porque no responde a la finalidad de la pensión (contributiva) de viudedad [que es] 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 superviviente, otorgando a tal efecto una pensión que depende en su cuantía de las cotizaciones efectuadas por el causante al régimen de Seguridad Social correspondiente.» (FJ 8). Por tales razones, declaramos 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 ... sino que conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supervivientes 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» (FJ 9).

3. Tal declaración de inconstitucionalidad es aplicable a la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008, que establece idéntico requisito para acceder a la pensión de viudedad por el régimen de clases pasivas del Estado, y a la que le son aplicables las mismas razones que nos llevaron a descartar la ausencia de justificación objetiva relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad. Tal conclusión no puede verse afectada ni por la distinta orientación sexual de la pareja —a la que alude el Abogado del Estado—, pues tal circunstancia no se consideró «factor determinante» en la STC 41/2013, ni tampoco porque la beneficiaria esté sometida al régimen de clases pasivas del Estado, en tanto que la mayor estabilidad y permanencia del régimen funcional frente al laboral no torna en justificada y proporcionada la diferencia de trato que se establece entre parejas de hecho en razón a que hubieran tenido

o no hijos en común. A lo que cabe añadir que no son escasos los colectivos de funcionarios que están incluidos en el régimen general de la Seguridad Social.

Ello conduce a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008 por vulneración directa del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), cuya declaración tiene efectos *erga omnes* desde la fecha de la publicación de la presente Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 164.1 CE y art. 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC). Sin embargo, esta declaración no permite que, quienes, por no cumplir el requisito de haber tenido hijos en común con el causante, no solicitaron la pensión de viudedad prevista en la citada disposición adicional en los doce meses siguientes a la entrada en vigor de dicha Ley, puedan reclamar ahora la pensión, toda vez que el requisito temporal de la solicitud, establecido en la letra e) de la repetida disposición adicional no ha sido cuestionado ni cabe, como ya se dijo en la STC 41/2013, 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, así como tampoco permite revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, en los que se haya hecho aplicación de lo dispuesto en la letra c) de la citada disposición adicional (art. 40.1 LOTC).

#### 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 decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008.

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

Dada en Madrid, a veinticinco de abril de dos mil dieciséis.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Presidente don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel a la Sentencia dictada por la Sala Primera con fecha 25 de abril de 2016 que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7331-2015, al que se adhiere el Magistrado don Andrés Ollero Tassara*

Con el debido respeto al parecer mayoritario de la Sala, 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 de la Sentencia que ha estimado la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Dada la analogía de las normas cuestionadas, las razones de mi discrepancia son coincidentes con las que ya manifesté en el Voto particular formulado a la STC 41/2013, de 14 de febrero, en la que la presente Sentencia apoya su decisión. Por ello, para fundamentar mi desacuerdo, me remito a los argumentos expresados en el citado Voto particular.

Madrid, a veinticinco de abril de dos mil dieciséis.—Francisco Pérez de los Cobos.—Andrés Ollero Tassara.—Firmado y rubricado.