

# PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL ANTE EL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD<sup>1</sup>

**Cristina Odriozola Igual**

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado

Universidad del País Vasco

**Resumen.** Parece inminente una reforma del régimen de la pensión de viudedad que incluya como beneficiarios de la misma a las parejas de hecho. La actuación judicial, que se ha adelantado a esta próxima reforma, plantea algunos problemas en relación a los límites de la interpretación extensiva o relativización de la norma. La necesidad de la reforma se pone especialmente de relieve si se comparan las diferentes soluciones judiciales, que en unos casos conceden y en otros no la pensión de viudedad a parejas de hecho en función del diferente criterio de los miembros del Poder judicial, con la consiguiente quiebra del principio de igualdad. El trabajo propone que, antes de extender el régimen actual de la pensión de viudedad a las parejas de hecho, se reforme el mismo teniendo en cuenta los problemas que ha planteado para que en el futuro no se reproduzcan.

**Abstract.** A widow' s pension reform that considers de facto couples to be beneficiaries seems to be imminent. The judicial acts that have preceded the near future reform, raise some problems as to the limits of the extensive interpretation concerns.

The need of reform comes out when we compare the different judicial solutions that sometimes grant the widow' s pension to the facto couples, and other times refuse to do it depending on the Judicial Power member' s different opinion, which means the breakage of the equality principle. This work suggests that rather than spreading out the present widow' s pension system to the de facto couples, it should be reformed taking into account the problems it has raised, so that they are not repeated in future.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D, referencia: SEJ2006-08063.

**Palabras clave.** reforma del régimen de la pensión de viudedad, parejas de hecho, matrimonio homosexual, soluciones judiciales, interpretación amplia, principio de igualdad.

**Key words.** Imminent reform of the widow's pension system, de facto couples, homosexual marriage, judicial solution, extensive interpretation, equality principle.

**Sumario:** 1. Planteamiento. 2. La pensión de viudedad. 2.1. Naturaleza jurídica 2.2. Régimen jurídico de la pensión de viudedad. 3. Resoluciones judiciales en materia de uniones de hecho y régimen jurídico de la pensión de viudedad. 4. Reflexión final.

## 1. PLANTEAMIENTO.

En nuestro ordenamiento el tratamiento jurídico que reciben las parejas de hecho ha evolucionado en los últimos años. Su actual regulación debe explicarse, ante la ausencia de una legislación estatal, en base a las competencias ejercidas por las Comunidades Autónomas en esta materia<sup>2</sup>. Todas las leyes autonómicas sobre uniones de hecho admiten las uniones de hecho homosexuales<sup>3</sup>, a ellas se acogieron aquellas parejas que deseaban la juridificación de su unión, hasta que la reforma del

---

<sup>2</sup> Este fenómeno se hace cada vez más complejo por la dispersión y contradicción normativa que deriva de las competencias autonómicas. Así lo pone de relieve MARTINELL, J.M., "Tutela jurídica del libre desarrollo de la personalidad y juridificación de la vida afectiva de pareja en el Derecho español", en *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos*, Nº 5, Diciembre 2005, Vol. I. Artículos e informes, pp. 9 a 57. Véase, para una visión de las distintas normas promulgadas por las distintas CCAA, AAVV, *Derecho matrimonial comparado*, coord. GUSTAVO SUÁREZ PERTIERRA, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 251 y ss.

<sup>3</sup> MARTINELL, J.M., "Tutela jurídica del libre desarrollo de la personalidad y juridificación de la vida afectiva de pareja en el Derecho español", cit., p. 26. Este autor señala que así se desprende de todas las leyes, en sus preámbulos o exposiciones de motivos, aunque en ocasiones no se haga mención explícita al componente sexual (se citan en este sentido la Ley aragonesa, la Ley balear, la Ley de Madrid y la de Valencia).

Código civil por Ley 13/2005, de 1 de julio, permitió el matrimonio de homosexuales.

También, por influencia del principio personalista reconocido en el art. 10.1 CE, se ha producido una redimensión del matrimonio que se proyecta sobre dos vertientes. Por una parte, la regulación del matrimonio trata de tutelar cada vez más a las personas en función de las situaciones reales, y no tanto a las instituciones. Es decir, el matrimonio se seculariza y va despojándose de herencias histórico-culturales, va depurando contenidos morales y simplificando la disolución del mismo con el fin de que el matrimonio esté al servicio de las personas, y no éstas al servicio de la institución. Por otra parte, el principio personalista incide en una progresiva equiparación de los derechos de las uniones de hecho al matrimonio<sup>4</sup>. La unión de hecho se parece cada vez más al matrimonio, porque también el matrimonio se parece cada vez más a la unión de hecho, y en este doble proceso se está viendo que dos realidades supuestamente antagónicas están condenadas a encontrarse, si no es que ya se han encontrado<sup>5</sup>.

Doctrinalmente se ha debatido la equiparación de las parejas de hecho al matrimonio<sup>6</sup>. Entre las cuestiones que se

---

<sup>4</sup> LLAMAZARES, D., *El sistema matrimonial español, matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho*, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1995, p. 15.

<sup>5</sup> MARTINELL, J.M., "Tutela jurídica del libre desarrollo de la personalidad y juridificación de la vida afectiva de pareja en el Derecho español", cit., p. 55.

<sup>6</sup> Dos son las tendencias básicas que se mantienen por la doctrina, con los matices necesarios, una postura que se califica como más conservadora niega la equiparación de tratamiento jurídico entre la unión de hecho y el matrimonio, señalando que quien no quiera contraer matrimonio no intente después beneficiarse de sus ventajas; otra postura, de tendencia más social y progresista, trata de equiparar las uniones de hecho al matrimonio, porque a realidades sociales semejantes deben darse soluciones también análogas, defendiendo que los criterios de justicia deben operar atendiendo a las realidades y a los problemas sociales concretamente existentes, y no en función de supuestas voluntades iniciales, ajenas a los problemas concretos. Vid. MARTINELL, J.M., "Tutela jurídica del libre desarrollo de la personalidad y juridificación de la vida afectiva de pareja en el Derecho español", cit., pp. 14 y 15.

plantean sobre esta equiparación hay que destacar la que pregunta si es o no legítimo imponer una legislación a una situación de hecho, o lo que es lo mismo, hasta qué punto es admisible una intervención legal imperativa de la vida en pareja; y si es o no adecuado proyectar a las uniones de hecho la regulación del matrimonio, cuando ésta se critica por no ser adecuada y no responder a la realidad social. Es cierto que, por lo general, la regulación del matrimonio se toma como paradigma, se cree que encierra un principio de justicia para regular las relaciones jurídicas de la pareja, y se trata de extender a las parejas de hecho. Sin embargo, algunas consecuencias jurídicas que el ordenamiento hace derivar del matrimonio responden cada vez menos a las demandas planteadas por la sociedad y no favorecen al principio de autosuficiencia de las partes, del que se debería partir.

En ocasiones, el poder judicial se ha adelantado a la anunciada reforma legal que lleve consigo el reconocimiento del derecho de pensión de viudedad a las parejas de hecho, el objeto de este estudio es analizar si las sentencias favorables al reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho, se ajustan o no a Derecho.

## **2. LA PENSIÓN DE VIUEDAD.**

Los derechos de la Seguridad Social son derechos sociales, derechos prestacionales, y su contenido debe estar fijado por ley. El Poder legislativo es competente para determinar, de acuerdo con las situaciones de necesidad existentes, y los medios financieros disponibles<sup>7</sup>, los requisitos para tener derecho a las prestaciones sociales, en concreto, a la pensión de viudedad, derecho previsto en las leyes laborales entre las prestaciones por

---

<sup>7</sup> Se ha puesto de relieve que los problemas de déficit públicos existentes en los últimos años, están poniendo en entredicho las prestaciones que realiza el denominado Estado del Bienestar (véase ALBI IBÁÑEZ, E.: "Las funciones del Estado y el Estado de Bienestar", *H.P.E.- Monografías*, nº 1, 1995, pp. 106 y ss.).

muerte y supervivencia. Es el legislador quien tiene la competencia para ampliar o reducir las condiciones de acceso a la acción protectora.

## 2. 1. NATURALEZA JURÍDICA.

Distintas teorías han intentado dar respuesta a la cuestión de cuál es la naturaleza jurídica de la pensión de viudedad<sup>8</sup>. La pensión de viudedad ha sido definida por la jurisprudencia como un derecho expectante que nace del hecho del matrimonio de forma mecánica<sup>9</sup>. Si se parte de esa premisa, hay que situar la naturaleza de la misma en una lógica asegurativa, “la protección por viudedad se configura como un seguro de renta que madura con el transcurso del tiempo por el pago de las cotizaciones asegurativas, y que asegura el evento del fallecimiento del titular”<sup>10</sup>. Esta concepción parece criticable por introducir elementos de un sistema asegurativo privado de origen alemán, que acepta la titularidad del derecho de propiedad sobre las prestaciones de la Seguridad Social, que se reconocen cuando se produce la muerte del causante.

---

<sup>8</sup> La intervención del Estado se puede fundamentar, bien en el Estado de bienestar, en el que el Estado, en situaciones de necesidad, establece un sistema de protección social; o bien, como una especie de obligación del Estado, que se convierte en deudor de los familiares del causante, por aquellas aportaciones realizadas, o por la consideración de que las pensiones por muerte y supervivencia forman parte del patrimonio del causante como derechos de sus herederos, destinados a proteger situaciones de desamparo. Vid., MARTINEZ-CALCERRADA, L., GOMEZ DE ARANDA, L., ZORRILLA RUIZ, M., *Nueva pensión de viudedad, Doctrina general, comentarios a la Ley de 7 de julio de 1981, Jurisprudencia*, Colex, Madrid, 1986, pp. 76 a 78. TAMAYO, C., “La incidencia de las Uniones de Hecho en la Pensión de Viudedad”, en *Revista General Informática de Derecho*, 01/09/1996, p. 9849 y ss.

<sup>9</sup> Así lo recoge la STS de 26 de mayo de 2004.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “Pensión de viudedad y divorcio”, en *Relaciones Laborales*, I, 1995, p. 93. En el mismo sentido, GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B., “Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial: un motivo más para una necesaria reforma del art. 174 LGSS (Comentario a la STS 4ª de 26 de mayo de 2004)”, en *Relaciones laborales*, I, 2005, pp. 653 y 654.

La aplicación de la naturaleza asegurativa por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina, puede provocar fricciones que deben ser evitadas<sup>11</sup>, ya que nuestro sistema de Seguridad Social, no está únicamente inspirado en este elemento.

Hay que hacer referencia al origen de la regulación de la pensión de viudedad, que se consideraba como una prestación de carácter híbrido<sup>12</sup>, o mixto, por una parte vinculada a las cotizaciones previas del sujeto causahabiente de la prestación, y por otra, orientada a la cobertura de situaciones de necesidad del cónyuge superviviente, de lo que se deriva un carácter asistencial. Esta regulación inicial de la pensión de viudedad estaba dirigida a una determinada realidad social, marcada por el matrimonio, como figura representativa de la familia, por la escasa presencia de la mujer en el mundo laboral, y por su dedicación a las tareas domésticas y a los hijos, así como por la dependencia económica y por las situaciones de necesidad que podía originar el fallecimiento del marido. En este contexto se advierte que la pensión de viudedad cumplía la función típica de las prestaciones de la Seguridad Social, como es cubrir situaciones de necesidad<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B., “Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial: un motivo más para una necesaria reforma del art. 174 LGSS (Comentario a la STS 4ª de 26 de mayo de 2004)”, cit., p. 660.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “Pensión de viudedad y divorcio”, cit., pp. 93 y 94. Señala este autor que el mecanismo protector de la pensión de viudedad está basado en dos elementos: por una parte, en un elemento asegurativo/resarcitorio y por otra parte, en el matrimonio, habiéndose diseñado esta prestación sobre un modelo de familia matrimonial en el que el trabajador cabeza de familia mantiene a los familiares. Vid. también GUTIERREZ PEREZ, M., “Pensión de viudedad y la nueva Ley de matrimonios homosexuales”, en *La Ley*, nº 3, año XXII, 8 de febrero 2006, p. 14.

<sup>13</sup> Hay que señalar que el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1994, de 30 de mayo, art. 164.2, establecía como beneficiaria de esta pensión a la viuda, en cualquier caso, mientras que el viudo sólo podía ser beneficiario de la misma si al tiempo de fallecer su esposa estaba incapacitado para el trabajo y a cargo de ella. Este precepto fue declarado inconstitucional por discriminar al varón viudo, y actualmente la regulación hace referencia al cónyuge superviviente, acomodando la regulación al señalado pronunciamiento del TC (Véase STC 103/1983, de 22 de noviembre, STC

PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL ANTE EL  
DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

La actual realidad social, diferente de la que hemos descrito, está marcada por la evolución hacia una mayor participación de la mujer en el mundo laboral, su independencia económica, el desarrollo de nuevas formas de convivencia familiar al margen del matrimonio, como las uniones de hecho, y la normalización del divorcio. Entre las medidas adoptadas en los últimos tiempos, en la adaptación de nuestro sistema de Seguridad Social a la realidad social, se destaca la ampliación del ámbito subjetivo de la pensión de viudedad, la elevación de las cuantías mínimas garantizadas a los pensionistas de viudedad menores de sesenta años y con cargas familiares, así como el ajuste de la protección social a la evolución de la participación de hombres y mujeres en la vida profesional<sup>14</sup>. Sin embargo, estas modificaciones no logran acomodar la normativa a las nuevas exigencias que derivan de un modelo constitucional tendente a garantizar prestaciones conforme a una situación de necesidad y a un modelo de familia, como realidad natural, que ha de ser objeto de protección social. La necesidad de una reforma en profundidad de la pensión de viudedad se está solventando con medidas parciales, que acentúan el carácter asistencial de la prestación, pero sin entrar en el origen de las disfunciones<sup>15</sup>.

---

104/1983, de 23 de noviembre, STC 24/1984, de 23 de marzo, y 10/1985, de 20 de enero).

<sup>14</sup> MATEOS CARRASCO, R., "Políticas de protección social y su influencia en el Presupuesto", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Seguridad Social*, Número extraordinario, p. 107.

<sup>15</sup> Se pone de relieve en la STC 35/1991, que el Tribunal Constitucional parte de la base que la pensión de viudedad, en su configuración actual, "no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o defensa económica", sobre esta premisa se deniega la pensión de viudedad a una persona que había acreditado su convivencia estable en el tiempo, pero no cumplía el requisito matrimonial. Véase RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "Pensión de viudedad y divorcio", cit., p. 95. Véase también NAVARRO ROLDAN, R., *Pensión de supervivencia: presente y futuro de la pensión de viudedad*, Colección la Práctica de LA LEY, Madrid, 2006.

## 2. 2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD.

### 2. 2. 1. REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD.

Del art. 174.1 del R.D. Legislativo 1/94, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>16</sup>, se derivan los requisitos necesarios para poder tener derecho a esta pensión, como son el matrimonio válido, la situación de alta o asimilada al alta<sup>17</sup> y la cotización a la

---

<sup>16</sup> Art. 174.1: “Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un periodo ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que se cause aquélla desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el periodo de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de un periodo ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de su muerte fuese un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún periodo previo a la cotización. No obstante, también tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha del fallecimiento, no se encontrase de alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un periodo mínimo de cotización de quince años”. Párrafo redactado por la Ley 50/1998, 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre; correc. BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1999).

<sup>17</sup> Véase RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Un juez concede pensión de viudedad a una inmigrante pese a que el marido no estaba dado de alta cuando falleció. Nuevamente sobre la interpretación humana, flexible e individualizada del requisito de alta. Un «cajón de sastre» omnipresente en la doctrina judicial. Comentario a la SJS núm. 2 de Barcelona, de 2 de febrero de 2005 (AS 2005, 33)”, en *Aranzadi Social*, Parte Presentación, núm. 1, 2005. Este autor critica a la interpretación judicial del requisito “estar de alta” porque, “la interpretación espiritualista, flexible e individualizada del requisito del alta, hace descansar en el Juzgador la función de subsumir todas las situaciones producidas en la vida real mediante la aplicación e interpretación del derecho ampliándolo a la utilización de la lógica para resolver cuestiones prácticas con conversión de ésta en verdadera actividad de investigación integradora e íntima comunión con una idea básica y es



PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL ANTE EL  
DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Seguridad Social durante un determinado período, salvo en el caso de accidente.

Por lo que respecta a la cotización, el causante debe haber cotizado durante quinientos días, dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento<sup>18</sup>, y estar de alta o en situación asimilada. Hay que tener en cuenta que el art. 174.1, establece que, no estando el fallecido de alta o en situación asimilada, también surgirá el derecho a la pensión de viudedad, si el causante hubiera completado un periodo mínimo de cotización de quince años a lo largo de su vida laboral. La pensión de viudedad viene considerándose como una prestación contributiva, a pesar de que se atisba por la doctrina laboralista su futura calificación como una prestación asistencial no contributiva, en tanto que la cuantía de la prestación se hace depender de los ingresos del pensionista, alejándose de la cuantificación proporcional al tiempo de carencia y a la base de cotización<sup>19</sup>.

Por lo que respecta al matrimonio, vamos a analizar a continuación la incidencia que tiene la válida constitución del matrimonio en orden a la obtención de la pensión de viudedad. El art. 174.1, ya mencionado, reconoce como beneficiario de la

---

que tal labor interpretativa y acomodadora de situaciones de hecho concretas no puede hacerse con olvido de que el requisito está ahí y que su supresión o eliminación es función del legislador y no del juzgador. Por ello cuando la extensión o relativización va más allá de lo que en buena lógica ha de entender un buen padre de familia como interpretación espiritualista y flexible, lo que se hace no es otra cosa que conculcar los preceptos que norma la concesión de la prestación. Y en no pocos casos así es. En el caso que se analiza no cabe hacer esta imputación al Juzgador”.

<sup>18</sup> Sobre la declaración de fallecimiento y la interpretación de la fecha de inicio de los efectos económicos en relación a la pensión de viudedad véase CABALLERO TRÍAS, M.P., “Solicitud de pensión de viudedad en el caso de trabajadores desaparecidos y fecha de inicio de sus efectos económicos. Comentario a la STSJ Aragón de 3 de marzo de 2003 (AS 2003, 1282)”, en *Aranzadi Social*, Parte Presentación, núm. 7, 2003.

<sup>19</sup> Así lo ponen de relieve MARÍN CORREA, J.M., “Editorial”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 39, p. 7. ALONSO OLEA, M., “Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 39, pp. 13 a 19.

prestación de viudedad, al cónyuge supérstite, condición que deriva de la existencia de un matrimonio válido.

Esta normativa no tiene en cuenta el estado de necesidad, de ahí se derivan situaciones en las que viudos o viudas sin ningún tipo de necesidad económica cobran pensiones de viudedad por el hecho de que cumplen los requisitos legalmente establecidos, produciéndose situaciones de sobreprotección. Existen también pensiones exiguas que provocan situaciones de infraprotección, e igualmente se producen situaciones en las que por no cumplirse los requisitos señalados y existiendo una situación de necesidad, no se reconoce el derecho a la pensión de viudedad<sup>20</sup>. Parte de la doctrina ha venido señalando que la exigencia del requisito del matrimonio para que surja el derecho a la pensión de viudedad no puede servir para cumplir la función legitimadora típica, ya que puede provocar situaciones de injusticia material. Así, ha sido fuertemente criticada la falta de conexión entre los elementos o requisitos exigidos para el reconocimiento de la prestación y el objetivo protector que tiene que perseguir la norma<sup>21</sup>.

La escasez de recursos ha venido justificando una amplia

---

<sup>20</sup> MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual”, en *Aranzadi Social*, nº 10, 2005. Este autor señala que el cambio en el modelo social de familia obliga a replantearse si es admisible aplicar la presunción de necesidad ante el fallecimiento de uno de los cónyuges, ya que la excesiva extensión subjetiva de la pensión de viudedad es uno de los factores que determinan su cuantía exigua, limitar la extensión subjetiva permitiría mejorar la cuantía de la prestación de quienes se encuentren en una situación real de necesidad.

<sup>21</sup> Parte de la doctrina señala que la exigencia del requisito del matrimonio para la pensión de viudedad, en la actualidad no puede servir para cumplir la función legitimadora típica, provocando situaciones de injusticia material. Se critica a la actual regulación de falta de conexión entre los elementos o requisitos exigidos para el reconocimiento de la prestación y el objetivo protector que tiene que perseguir la norma, véase GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B., “Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial: un motivo más para una necesaria reforma del art. 174 LGSS (Comentario a la STS 4ª de 26 de mayo de 2004)”, cit., p. 659.

libertad de configuración por parte del legislador, libertad que ha llevado a considerar que la convivencia *more uxorio* no daba derecho a la pensión de viudedad, derecho que deriva, exclusivamente, de la existencia de un matrimonio válido<sup>22</sup>.

Al momento de redactar estas líneas, la intención del Poder ejecutivo es abordar una reforma que lleve consigo el reconocimiento del derecho de pensión de viudedad a las parejas de hecho. Aunque este régimen no parece que vaya a ser “idéntico” al de las parejas unidas por matrimonio, sí va a permitir gozar de una pensión de viudedad siempre que conste una convivencia “estable y notoria”, durante un periodo de tiempo determinado. En esta línea, algunos pronunciamientos del Poder judicial, vienen reconociendo la pensión de viudedad en supuestos en los que no se cumple el requisito de la existencia de un matrimonio válido.

## **2. 2. 2. RÉGIMEN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN LOS CASOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.**

Dentro del art. 174.2, del RDLegislativo 1/94, de 20 de junio<sup>23</sup>, se han incluido dos supuestos: a) que quien contraiga nuevas nupcias sea el cónyuge viudo (separado o divorciado) preceptor de la pensión de viudedad, que en principio, perdería la pensión por el hecho de contraer nuevo matrimonio; o b) que quien contraiga nuevas nupcias sea el cónyuge divorciado, que al morir sería el causante de la pensión, en cuyo caso puede haber

---

<sup>22</sup> STC de 26 de abril de 1994.

<sup>23</sup> “En los supuestos de separación y divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio. En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante“. Modificado por la disposición adicional 13.1 de la Ley 66/1997, de 23 de diciembre.

dos o más, cónyuges sobrevivientes. En este último caso, como ha venido precisando la jurisprudencia, la pensión se reparte entre los cónyuges sobrevivientes proporcionalmente, teniendo en cuenta el tiempo convivido con el causante<sup>24</sup>.

La doctrina critica el criterio que establece la norma para repartir entre varios sujetos la pensión de viudedad, como es el dato formal de la duración del vínculo matrimonial con el causante, y no el criterio de la necesidad, que ha sido propuesto como criterio más adecuado<sup>25</sup>. También se ha criticado que la regulación vigente favorece al divorciado, casado en primeras nupcias, en detrimento del segundo matrimonio, es decir, de quien era cónyuge al momento de fallecer el causante<sup>26</sup>.

En el caso de la separación y el divorcio es irrelevante a efectos de percibir una pensión, la mala fe del sobreviviente<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> ALONSO OLEA, M., “La regulación actual de las pensiones de viudedad”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 25, Monográfico, II Congreso Complutense de Derecho de Trabajo en Homenaje al Profesor Manuel Alonso Olea, Madrid, 2002, pp. 12 y ss.

<sup>25</sup> GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B., “Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial: un motivo más para una necesaria reforma del art. 174 LGSS (Comentario a la STS 4ª de 26 de mayo de 2004)”, cit., p. 658. Esta autora señala que es muy criticable el resultado de la aplicación de este reparto, cuando los términos de la pensión son insuficientes incluso en el caso de un solo cónyuge. Esta fórmula protectora representa demasiadas explicaciones, controversias y razonamientos, para llegar al reparto de la miseria (el mínimo garantizado de pensión en 2005 es de 408,78 a 438 euros mensuales, que sería la cantidad a repartir). El análisis particularizado de las pensiones concretas merecen el calificativo de míseros, pero si se tiene en cuenta la perspectiva global, escandaliza el coste social de las pensiones de viudedad para las arcas de la Seguridad Social. RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “Pensión de viudedad y divorcio”, cit., pp. 96 y ss.

<sup>26</sup> GALA DURÁN, C., “El derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad, separación y divorcio: la nueva redacción del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825)”, en *Aranzadi Social*, Vol. V Parte Estudio, 1998, pp. 571 a 600. Considera que la pensión matrimonial, en los casos de nulidad, separación y divorciado, sólo debería reconocerse en el caso de que se produzca minoración de ingresos en quien fue cónyuge.

<sup>27</sup> ALONSO OLEA, M., “La regulación actual de las pensiones de viudedad”, cit., pp. 12 y ss.

Sin embargo, el régimen de la nulidad se asimila al del divorcio, pero únicamente en el caso de que la nulidad no se deba a la mala fe del superviviente.

### **2. 2. 3. EXTINCIÓN O PÉRDIDA DEL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD, EN EL CASO DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.**

El art. 174.3 del RDLegislativo 1/94, de 20 de junio, establece que “los derechos derivados del apartado anterior quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código civil, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio”<sup>28</sup>. El art. 101 CC prevé que “el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por convivir maritalmente con otra persona”.

Se señala por la doctrina la dificultad de aplicar al régimen de la pensión de viudedad el art. 101 CC, que hace referencia a la pensión compensatoria<sup>29</sup>. La pensión compensatoria puede ser establecida por el juez, en caso de nulidad, separación y divorcio, si existe un desequilibrio económico en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio (art. 97 CC). De esta pensión compensatoria, según el art. 101, queda privado el excónyuge, si contrae un nuevo matrimonio o convive maritalmente con otra persona.

#### **a. La convivencia marital.**

El TC ha admitido recientemente a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, sobre el derecho a las pensiones de viudedad con relación al artículo 174.3 de la LGSS, que establece que los

---

<sup>28</sup> Redactado por Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, BOE 313, de 31 de diciembre, correc. BOE núm. 124 y 157, de 24 de mayo y de 2 de junio de 2002.

<sup>29</sup> ALONSO OLEA, M., “La regulación actual de las pensiones de viudedad”, cit., pp. 15 y ss.

derechos a la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio quedarán sin efecto en los casos del artículo 101 del Código civil. Esta remisión al Código civil supone que se priva de la pensión de viudedad al cónyuge que se separó o divorció, por el hecho de convivir con otra persona después del fallecimiento.

El Tribunal Supremo plantea que el artículo 174.3 de la LSS, podría ser contrario al principio de igualdad y no discriminación reconocido en el art. 14 de la Constitución, por dar un trato diferente a los divorciados y separados, que pierden el derecho a recibir pensión de viudedad si conviven con otra pareja, frente a viudos no divorciados o separados<sup>30</sup>, que no pierden ese derecho si conviven con otra pareja. El Tribunal Supremo señala que en ambos casos son personas beneficiarias de una pensión de viudedad, una divorciada o separada antes de la muerte del causante y otra no, que después del reconocimiento de la pensión de viudedad pasaron a convivir con otra persona.

Para salvar esta posible contradicción, la doctrina propone una interpretación por la que el derecho a la pensión de viudedad sólo debería quedar sin efecto (se extingue o más bien no nace) cuando el posible preceptor de la misma, separado o divorciado, contraiga nuevas nupcias, pero, como la convivencia *more uxorio* no da, de momento, derecho a pensión de viudedad, tampoco parece adecuado que pueda privar de ese derecho<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> En el caso de una viuda que contrajo un solo matrimonio, no anulado, ni se divorció o separó legalmente, y que después de la muerte del causante inicia una relación "*more uxorio*" con otra persona, ello no le priva de pensión de viudedad. PANIZO Y ROMO DE ARCE, A., "Eficacia jurídica de las uniones de hecho en el Derecho español", en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XX, 2004, p. 173.

<sup>31</sup> Con relación al extremo de que la convivencia *more uxorio* no debe ser requisito para adquirir la pensión ni para que la misma se extinga, tanto en el caso del cónyuge como del excónyuge, véase GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B., "Pensión de viudedad y convivencia extramatrimonial: un motivo más para una necesaria reforma del art. 174 LGSS (Comentario a la STS 4ª de 26 de mayo de 2004)", cit., p. 660. DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M. L., "Efectos de la

El TC en la Sentencia 125/2003, sigue esta línea al eliminar «de facto» la causa de extinción de la pensión de viudedad de los divorciados o separados, que conviviesen posteriormente «more uxorio». Los efectos de la STC 125/2003, son importantes si tenemos en cuenta la gran cantidad de supuestos que tienen como base o presupuesto una situación análoga a la planteada ante los órganos judiciales de lo social del País Vasco. Lo que no despeja la STC es qué ocurre con los nuevos supuestos que deben resolverse con arreglo al art. 174.3<sup>32</sup>.

b. El matrimonio.

La celebración de un matrimonio por parte de una persona que percibe una pensión de viudedad supone, en algunos casos, la pérdida de ese derecho, tanto la Ley de 30 de mayo de 1974, como el RDLegislativo 1/94, de 20 de junio, establecen en el art. 174.3 como supuesto de extinción de la pensión de viudedad, el hecho de contraer nuevas nupcias<sup>33</sup>, lo que implica

---

convivencia extramatrimonial sobre la pensión de viudedad: la problemática aplicación de la causa de extinción "vivir maritalmente con otra persona" contenida en el artículo 101 del Código Civil (LEG 1889, 27). Comentario a la Sentencia del TC 125/2003, de 19 de junio de 2003 (RTC 2003, 125)", en *Aranzadi Social*, núm. 11, Parte Presentación, 2003. Señala la autora que "son la incorporación del requisito de la situación de necesidad, junto con el reconocimiento de las uniones de hecho, los factores claves sobre los que necesariamente debe pivotar el régimen jurídico de esta pensión, evitándose así las constantes disfuncionalidades que presenta. De este modo, la situación de dependencia económica del supérstite respecto del causante se erigiría en factor determinante de la prestación, obteniendo derecho a la misma aquellos supérstites con independencia de si se trata de cónyuge supérstite con vínculo actual o pasado o conviviente de hecho, evitándose de este modo tanto las situaciones de sobreprotección como las de infraprotección".

<sup>32</sup> PULIDO QUECEDO, M., "Pensión de viudedad y la convivencia "more uxorio" del cónyuge divorciado. Nota sobre la STC 125/2003, de 19 de junio", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 586, Parte Comentario, 2003, p. 2.

<sup>33</sup> Se pone de relieve que la celebración de un nuevo matrimonio presupone que desaparece la situación de necesidad que la pensión de viudedad venía a proteger, ya que al celebrarse un nuevo matrimonio se origina la obligación alimentaria entre cónyuges, y se genera la expectativa a obtener una nueva pensión de viudedad. GUTIERREZ PEREZ, M., "Pensión de viudedad y la nueva Ley de matrimonios homosexuales", cit., p. 25.

necesariamente un nuevo vínculo matrimonial, teniendo en cuenta la remisión al art. 101 del Código civil.

El art. 174.3 de la LSS, se modifica por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 34.siete), que añade el siguiente inciso “sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que se contraiga nuevo matrimonio”. A su vez se procede al desarrollo del artículo 174.3 de la LSS, sobre un nuevo marco de compatibilidad de la pensión de viudedad, por el Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia. Este RD introduce dos novedades, en primer lugar, determina que los pensionistas de viudedad pueden contraer un ulterior matrimonio sin privación de su pensión de viudedad, cuando concurren unos requisitos como son: a) ser mayor de 61 años, o menor de dicha edad, sin son incapacitados permanentes absolutos o grandes inválidos, o minusválidos en grado igual o superior al 65 por ciento; b) ser la pensión de viudedad la principal o única fuente de ingresos del pensionista, lo que ocurre cuando aquella sea como mínimo el 75 por cien de éstos; c) ser los ingresos del nuevo matrimonio por todos los conceptos, incluida la pensión o pensiones (pudiendo ser los nuevos cónyuges ambos perceptores de la pensión de viudedad) inferiores al doble del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento.

En segundo lugar, aumenta la cuantía de la pensión de viudedad en general, y añade una especie de complemento asistencial<sup>34</sup>, que requiere que concurren durante todo el periodo de percepción de la pensión las siguientes condiciones: falta de ingresos, cargas familiares, y que la pensión de viudedad constituya la principal fuente de ingresos. El pensionista estará obligado a notificar cualquier variación que afecte a su situación

---

<sup>34</sup> ALONSO OLEA, M., “Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad”, cit., p. 17.



familiar o económica que pueda suponer el nacimiento o extinción del complemento asistencial.

Como se puede apreciar, en los últimos años, la mejora de las pensiones de muerte y supervivencia, ha sido una manifestación inequívoca de la voluntad del Poder ejecutivo de desarrollar y mejorar el sistema de la Seguridad Social, sobre todo en los casos en los que el importe de la protección o pensión que corresponde sea menor, destacando la vertiente asistencial de esta figura cuya finalidad es garantizar unos ingresos de subsistencia a sus perceptores<sup>35</sup>.

No están recogidas en esta regulación, en el apartado que se refiere al nuevo matrimonio del cónyuge viudo, su convivencia *more uxorio*, ya que dicha convivencia en nada afecta a la percepción de una pensión de viudedad<sup>36</sup>.

Para no perder el derecho a la pensión de viudedad por contraer un nuevo matrimonio, se ha utilizado en ocasiones la figura del matrimonio canónico secreto. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en su Sentencia de 30 de diciembre de 1994, afirmó que el único matrimonio celebrado con arreglo a las normas de Derecho canónico que tiene efectos civiles, es el que se contrae con el ánimo de tenerlos, lo que según la Sentencia citada no ocurre en el matrimonio canónico secreto (FJ 4). El TSJPV indicó que la falta de inscripción del matrimonio canónico secreto, con la intención de que no tenga efectos civiles, tiene como consecuencia que no se pierda el derecho a la pensión de viudedad. Esta afirmación tiene en la doctrina seguidores, que mantienen que la autonomía de voluntad de las partes puede tener incidencia en los efectos del matrimonio<sup>37</sup>, aunque la mayoría

---

<sup>35</sup> ALONSO OLEA, M., "Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad", cit., p. 14.

<sup>36</sup> ALONSO OLEA, M., "Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad", cit., p. 16. Véase ALONSO OLEA, M., "La regulación actual de las pensiones de viudedad", en *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, nº 32, pp. 313 a 330.

<sup>37</sup> Véase COMBALIA SOLIS, Z., *La autonomía privada en la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil*, Zaragoza, 1992, p. 201. NAVARRO

opina que los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde la celebración, independientemente de que las partes no quieran sus efectos civiles<sup>38</sup>.

### 3. RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA DE UNIONES DE HECHO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD.

El alto grado de judicialización en materia de pensiones de viudedad y los distintos criterios que se aplican por las instancias judiciales hacen que podamos agrupar los argumentos que se vienen aplicando en las decisiones judiciales en dos bloques, las que consideran que la pensión sólo puede derivar de un matrimonio válido, y las que van ampliando el régimen de la pensión de viudedad a las parejas de hecho.

3.1. En primer lugar, se analizarán aquellos argumentos que afirman que es constitucional la denegación de la pensión de viudedad a aquellas personas que no han estado unidas por el vínculo de un matrimonio válido.

La jurisprudencia, ha venido señalando que el requisito del matrimonio como exigencia de la pensión de viudedad no

---

VALLS, R., "Prólogo" a la obra de COMBALIA SOLIS, Z., *La autonomía privada en la inscripción del matrimonio canónico en el Registro civil*, cit., pp. 9 a 13. FERRER ORTIZ, J., "Celebración en secreto e inscripción en el Registro civil", en *Forma jurídica y matrimonio canónico*, ed. Dirigida por RODRÍGUEZ OCAÑA, R., Pamplona, 1998, p. 73.

<sup>38</sup> Pueden consultarse entre otros, CASTRO JOVER, A., "Matrimonio religioso secreto", en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* nº 3, diciembre, 1995. JORDAN VILLACAMPA, M.L., "Reflexiones sobre: matrimonio concordatario e inscripción en el Registro civil. Pérdida de la pensión de viudedad", en *Escritos en Honor de Javier Hervada*, IC, 1999, p. 1134. CUBILLAS RECIO, M., "Libertad de conciencia y sistema matrimonial", en *Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, San Sebastián 1-3 junio 2000*, Ed. CASTRO JOVER, A., Bilbao, 2001, pp. 421 y ss. ODRIOZOLA IGUAL, C., "Algunas reflexiones sobre las modalidades especiales y la forma extraordinaria en el sistema matrimonial español", en *REDC*, Vol. 58, nº 150, enero-junio 2001, pp. 226 y 227.

PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL ANTE EL  
DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

infringe el artículo 14 de la CE, ni es incompatible con el art. 39.1 de la misma. Así, se ha afirmado que es posible que el legislador establezca diferencias de trato entre la unión matrimonial y la unión de hecho, sin que se puedan considerar las mismas contrarias al principio de igualdad, al derecho de libertad religiosa, y al principio de protección de la familia. Estas diferencias de trato no serán inconstitucionales por no ser arbitrarias, ni estar carentes de fundamento<sup>39</sup>.

Entre los argumentos que se alegan por el TC, se puede destacar que el ejercicio del derecho a no contraer matrimonio, como ejercicio de la libertad ideológica, no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo de fallecimiento de una de las partes de las uniones de hecho. El TC recuerda que la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades y el derecho a tener una actuación coherente con ellas, y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio. Sin embargo, el TC afirma que ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados por el Estado para la concesión de una prestación económica, ni a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) no resulta impedido o coartado porque la Ley no reconozca al supérstite de una unión de hecho una pensión de

---

<sup>39</sup> ATC 222/1994 (sala primera), de 11 de julio, FJ 2: “La exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales”. En el mismo sentido vid. STC 66/1994, de 28 de febrero; STC 184/1990, de 15 de noviembre; STS de 15 diciembre 2004, FJ 3. Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJAN ALCARAZ, J., “Pensión de viudedad: reglas aplicables en caso de divorcio y desprotección de las uniones de hecho [Comentario a la STSJ Galicia 22 febrero 1996 (AS 1996, 246)]”, en *Aranzadi Social*, T. I, Parte Presentación, 1996, pp. 2554 a 2557. “Esta resolución decide es que la pensión de viudedad corresponde en su integridad al cónyuge divorciado, sin que deba distribuirse proporcionalmente con la persona que, tras el divorcio y hasta el fallecimiento convive maritalmente con el causante”.

viudedad<sup>40</sup>.

Partiendo de la base de que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado, o de soltero, está íntimamente ligada al libre desarrollo de la personalidad, y que el Estado no puede imponer un determinado estado civil, el TC afirma que hay que tener en cuenta que lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del artículo 14 CE, sea acreedora del mismo trato que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza. Sobre la posibilidad de considerar al matrimonio y a la unión de hecho como dos realidades análogas o similares, el TC pone de relieve que en la Constitución española de 1978, 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), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que según el TC ni es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y en el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se producen de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia<sup>41</sup>.

En relación a la convivencia de hecho homosexual, antes de la aprobación de la Ley 13/2005, el TC señalaba que la unión entre personas del mismo sexo biológico no era una institución

---

<sup>40</sup> STC 66/1994, de 28 de febrero.

<sup>41</sup> STC 184/1990, de 15 de noviembre.

jurídicamente regulada, ni existía un derecho constitucional a su establecimiento<sup>42</sup>, “aunque la desaparición de uno de los dos miembros de la pareja de homosexuales que hubiese convivido habitualmente produce el mismo efecto, en cuanto a la pérdida de ingresos que la muerte de alguno de los cónyuges, sin embargo, la exigencia del vínculo determina consecuencias distintas en orden a la pensión, pues cuando el causante es el cónyuge se tiene derecho y cuando es un homosexual no”<sup>43</sup>. Ello no implica la violación del art. 14 CE.

Otros argumentos que se han alegado para determinar que es razonable excluir a los unidos por vía de hecho de la pensión de viudedad, son el principio de certeza y seguridad jurídica, así como la coherencia entre la libre decisión de excluir la relación matrimonial, y los derechos y deberes que derivan de la misma<sup>44</sup>.

Como hemos apuntado los Tribunales, en base a estos argumentos, han venido negando el derecho a percibir esta pensión en el caso de quedar probada la convivencia de hecho<sup>45</sup>,

---

<sup>42</sup> Véase PEREZ ALVAREZ, S., “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿Una cuestión de inconstitucionalidad?”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n. 12, 2006, pp. 1 a 10.

<sup>43</sup> ATC 222/1994 (sala primera), de 11 de julio, FJ 2.

<sup>44</sup> STC 184/1990, de 15 de noviembre.

<sup>45</sup> Pueden encontrarse Sentencias recientes de denegación en el caso de convivencia extramatrimonial, véanse entre otras, la STSJ de Castilla-La Mancha 928/2006 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 1 de junio; STSJ de Madrid, 162/2006 (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 23 de marzo; STSJ de Madrid 159/2996 (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 23 de marzo; STSJ de Castilla y León, Burgos 194/2006 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 6 de marzo; STSJ de la Comunidad Valenciana 3674/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 de noviembre; STSJ de Cataluña 7624/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 7 de octubre; STSJ de Navarra 290/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 12 de septiembre; STSJ de Castilla-La Mancha 1050/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 25 de julio; STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 15 de julio 2005; STSJ de Castilla y León, Valladolid 1186/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 5 de julio, STSJ de Canarias 687/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 16 junio; STSJ de Murcia 705/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 13 de junio; STSJ de Cataluña 5301/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 9 de junio; STSJ de Cataluña 5158/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 6 de junio; STC 140/2005 (Sala Primera), de 6 de junio; STSJ de Aragón 270/2005 (Sala de lo Social,

sea ésta heterosexual u homosexual, y en el caso de matrimonios que el Estado no reconoce como matrimonios válidos<sup>46</sup>.

En relación a los matrimonios celebrados según el rito gitano<sup>47</sup>, las diferentes resoluciones judiciales no reconocen la pensión de viudedad por el hecho de no existir matrimonio válido, al no estar dicha forma de celebración reconocida por el Estado<sup>48</sup>, aún habiendo quedado demostrado la convivencia *more uxorio* de la pareja, y la existencia de hijos en esa convivencia<sup>49</sup>.

También se ha planteado judicialmente el derecho a la pensión de viudedad de dos esposas, legítimas según el derecho

---

Sección 1ª), de 11 de abril; STSJ de Canarias, Las Palmas 242/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 14 de marzo.

<sup>46</sup> El TSJ de Canarias, en Sentencia de 7 de noviembre de 2003, confirma la Sentencia de instancia que denegaba la pensión de viudedad a un transexual que convivía en unión de hecho, cuando su pareja muere poco antes de que se reconozca en Sentencia la pretensión de cambio de nombre y sexo. Vid. FERREIRO REGUEIRO, C., "Pensión de viudedad a favor de un transexual que no pudo contraer matrimonio con el fallecido por falta de sentencia firme declaratoria del cambio de sexo. Comentario a la STSJ Canarias (Las Palmas) de 7 de noviembre de 2003 (AS 2003, 3635)" en *Aranzadi Social*, Parte Presentación, núm. 19, 2004.

<sup>47</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo social), de 12 de diciembre de 2002; STSJ de Asturias (Sala de lo Social), de 29 de noviembre 2002; STSJ de Madrid, (Sala de lo Social), de 7 de noviembre de 2002; STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social), de 7 de octubre de 1979. Vid. CASTRO ARGÜELLES, M.A., "El vínculo conyugal como requisito para acceder a la pensión de viudedad. Ineficacia del matrimonio por el "rito gitano" [Comentario a la STSJ Cataluña 7 octubre 1999 (AS 1999, 4205)]", en *Aranzadi Social*, Vol. IV, Parte Presentación, 1999, pp. 2754 a 2756.

<sup>48</sup> Desde algunos sectores se considera oportuno su reconocimiento por el Estado, así Proposición de Ley avalada por los Partidos de Aragón para su remisión a la mesa del Congreso de los Diputados, de reconocimiento de efectos al matrimonio celebrado conforme al rito gitano de 2 de junio de 2000. Es el Poder legislativo quien tiene la competencia para reconocer efectos a esta forma de matrimonio, aunque su reconocimiento no estaría directamente relacionado con el derecho fundamental de libertad religiosa, como en el caso de las formas de celebración del matrimonio hasta el momento reconocidas.

<sup>49</sup> Proposición de Ley avalada por los Partidos de Aragón para su remisión a la mesa del Congreso de los Diputados, de reconocimiento de efectos al matrimonio celebrado conforme al rito gitano de 2 de junio de 2000.

musulmán, a la muerte de su marido. El INSS reconoció la pensión, proporcionalmente a las dos “viudas”, prorrateando entre ellas la pensión al 50%<sup>50</sup>, pero la Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 30 de julio de 2003, revocó la resolución del INSS, señalando que para ser titular de la pensión de viudedad se requiere que el beneficiario de la misma hubiera contraído matrimonio válido, y que sólo la primera de las esposas cumple esa condición según el derecho del Estado<sup>51</sup>.

3.2. En segundo lugar, hay que destacar que en los últimos años encontramos decisiones judiciales que reconocen, atendiendo a criterios humanizadores, flexibles e individualizadores, y ponderando las circunstancias de cada caso, con el fin de evitar situaciones de desprotección, pensiones de viudedad sin que haya matrimonio válido<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> A pesar de que el tiempo de convivencia matrimonial fue distinto, en un caso desde el 26 de marzo de 1980 y en el otro desde el 15 de agosto de 1993, y como señala la Magistrada Sra. Virolés Piñol, el reparto que en su caso, se hubiera debido aplicar es el de 71% de la pensión para la primera y 29% de la pensión para la segunda. Así lo pone de relieve en su Voto particular a la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 30 de julio 2003.

<sup>51</sup> Hay que tener en cuenta que hay soluciones judiciales que se apartan de esta interpretación como la Sentencia del Juzgado de lo social núm. 3 de A Coruña, 13 de julio 1998. Véase MOLINA HERMOSILLA, O., “Poligamia de trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supervivientes: Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña, 13 de julio 1998 (AS 2001, 1493)”, en *Aranzadi Social*, núm. 8, 2001. La autora considera que la mejor solución es un reparto proporcional al tiempo vivido con el causante, por aplicación analógica de los repartos en caso de divorcio y nuevo matrimonio del causante.

<sup>52</sup> MARTINEZ-CALCERRADA, L., GOMEZ DE ARANDA, L., ZORRILLA RUIZ, M., *Nueva pensión de viudedad...*, cit., pp. 67 y 68. En relación a los requisitos para percibir la pensión, y al matrimonio se señala que cuando no se cumplen “los dramas humanos resplandecen de modo palmario; y, consecuentemente, el dilema del juzgador ante la alternativa legalidad “versus humanidad”, y de ahí, el recurso, a veces, a la equidad, como instrumento de acoplamiento flexible de la norma al caso concreto o individual. Las demandas de socializar, así, el derecho constituido son frecuentes, y su amparo por los órganos jurisdiccionales se corresponde con los nuevos tiempos propulsores de una dispensa de justicia razonable, bajo los dictados maximalistas de los arts. 39.1 y 41 CE”.

Parte de la doctrina coincide con esta orientación y defiende que la norma que determina que la pensión de viudedad deriva únicamente del matrimonio válido atenta contra el principio de igualdad, por lo que se acusa de inconstitucionalidad a la regulación que sustenta esta desigualdad entre matrimonio y unión de hecho<sup>53</sup>.

Para sostener esta postura se ha argumentado que las normas de Derecho internacional, el Convenio de Roma, y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no diferencian entre ambas situaciones, lo que para algunos significa que, al igual que el Convenio de Derechos Humanos, también nuestra Constitución protege, no sólo a la familia como institución jurídica, sino también a la familia como realidad natural, por lo que, junto a la familia matrimonial, también deberían ser objeto de protección constitucional las denominadas "uniones de hecho". Se añade que el sentido de justicia y equidad social obliga a preguntarse por la causa de la pensión de viudedad, a fin de constatar la identidad o disparidad de determinadas situaciones. Si se afirma que su finalidad estriba en compensar frente a un daño, como es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente, el daño lo sufre por igual tanto la viuda o viudo de una familia matrimonial, como quien pierde a su compañero con el que forma una familia natural por convivencia afectiva con el difunto<sup>54</sup>.

Un segundo argumento para equiparar los derechos de los matrimonios válidos a las uniones de hecho se basa en el nivel

---

<sup>53</sup> Véase TAMAYO, C., "La incidencia de las Uniones de Hecho en la Pensión de Viudedad", cit., pp. 9849 y ss., cuando afirma que "Partiendo desde la consideración de que nuestra Constitución no reconoce con carácter de exclusividad a las uniones matrimoniales y atendiendo a la finalidad de la prestación de viudedad, como la necesidad de remediar o paliar dentro de lo posible la disminución de ingresos que padece el cónyuge del causante, debiendo considerarse que dicho perjuicio patrimonial lo sufre tanto el que tiene la condición de cónyuge, como el compañero o conviviente superviviente".

<sup>54</sup> Voto particular del Magistrado Sr. Gimeno Sendra a la STC 184/1990, de 15 de noviembre.



PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL ANTE EL  
DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

que debe tener la protección de la Seguridad Social, es decir, el objetivo de la prestación o pensión de viudedad<sup>55</sup>, destacándose que no resulta de los mandatos constitucionales que el sistema de prestaciones de la Seguridad Social tenga como objeto proteger únicamente la institución matrimonial<sup>56</sup>. El art. 41 CE se refiere a un régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos, y aquí habría que poner el acento en “todos”, que garantice la asistencia de prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. El hecho de no optar por la figura del matrimonio no debería permitir excluir de esta garantía a los ciudadanos, y más teniendo en cuenta que la convivencia en unión de hecho estaría incluida en el ámbito de protección que recoge el art. 39 CE, que protege a la familia en general y no sólo a la familia matrimonial<sup>57</sup>.

En el mismo sentido, se considera que la cuestión se debe centrar no en la equiparación total de ambas figuras a todos los efectos, sino en algunos efectos de la situación de convivencia que son exactos a los del matrimonio, y que por lo tanto merecen el mismo trato jurídico. De esta forma, la exigencia del requisito del matrimonio no es razonable a efectos de la pensión de viudedad porque, pese a las apariencias, dicho acto y negocio

---

<sup>55</sup> Voto particular del Magistrado Sr. López Guerra a la STC 184/1990, de 15 de noviembre. Voto particular del Magistrado De la Vega Benayas, en la STC 29/1991, de 14 febrero.

<sup>56</sup> Si las pretensiones de la Seguridad Social se configurasen como elementos naturalmente integradores del régimen del matrimonio o como técnicas de protección de la institución matrimonial, no cabría duda que el legislador podría legitimamente, excluir de tales prestaciones a los ciudadanos no casados, y en el presente supuesto, podría excluir de las pensiones previstas en el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social a los supervivientes de las uniones de hecho.

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “Pensión de viudedad y divorcio”, cit., p. 95. Señala que el tratamiento de las uniones de hecho queda abierto al legislador que debe tener en cuenta que el supérstite de una unión de hecho no debe quedar desprotegido por el Régimen público de la Seguridad Social, aunque dicha protección no tenga que prestarse a través de la actual pensión de viudedad.

jurídico no debería ser el determinante o la causa de la pensión<sup>58</sup>. La finalidad de la prestación de la pensión de viudedad, no es proteger a la familia, sino paliar y remediar una merma en los ingresos de la parte superviviente<sup>59</sup>. Así, desde la perspectiva de la finalidad de la pensión de viudedad, se considera posible y justificada la aplicación del principio de interpretación analógica de las normas (art. 4.1 CC).

Los pronunciamientos judiciales en este sentido derivan de reclamaciones de pensión de viudedad, en base a la existencia de una pareja de hecho o un matrimonio al que falta algún requisito para su validez, tanto en relación a parejas heterosexuales como homosexuales, que no tenían la posibilidad de contraer matrimonio antes de la aprobación de la Ley 13/2005, sobre el matrimonio homosexual<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> El matrimonio garantiza a la administración de la Seguridad Social la certeza de la situación, autorizando el abono de la pensión de viudedad, pero considerar que es la causa de la pensión sería quedarse en la forma jurídica, y no apreciar la causa verdadera y profunda de la prestación social cuestionada. El matrimonio en sí la razón decisiva, pese a que en las legislaciones y en las normas y convenios se estipule como regla general la existencia del previo vínculo matrimonial para acceder al derecho. Se trataría, a la postre, de un problema de fehaciencia o de prueba y sabido es que la dificultad de ésta no puede ser razón para negar un derecho.

<sup>59</sup> Voto particular del Magistrado Sr. De la Vega Benayas, en la Sentencia número 29/1991 de 14 de febrero.

<sup>60</sup> Antes de la reforma del Código civil por Ley 13/2005, el TC afirmaba que se debía admitir la constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, “los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo”. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus Sentencias (caso Rees, 17 de octubre de 1986 [TEDH 1986, 11], y caso Coasey, 27 de septiembre de 1990 [TEDH 1990, 22]), ha señalado “que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del art. 12 del Convenio de Roma (RCL 1979, 2421 y ApNDL 13627), que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo; y, que todo depende de la facultad que tienen

PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL ANTE EL  
DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

3.2.1. La STS de 15 de diciembre de 2004, ha reconocido la pensión de viudedad a una persona que estaba unida al fallecido por un matrimonio religioso evangélico celebrado antes de que el Acuerdo del Estado con la FEREDE, en 1992, hubiera reconocido efectos jurídicos al matrimonio celebrado en esta forma religiosa.

La citada Sentencia resuelve un caso que responde a una reclamación que tiene como antecedente la denegación por parte del INSS, de la pensión de viudedad a una mujer que había contraído matrimonio evangélico en España en el año 1989<sup>61</sup>. En la vía jurisdiccional, la actora reclama una pensión de viudedad ante el Juzgado de lo Social, que le dio la razón, condenando al INSS al pago de la pensión de viudedad solicitada. Fue entonces cuando el INSS interpuso un Recurso ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Asturias, la cual revocó la Sentencia del Juzgado de lo Social recurrida, denegando la pensión de viudedad. La parte actora, a su vez interpuso un recurso ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que casó y anuló la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y confirmó la Sentencia recurrida por el INSS, confirmando el derecho a percibir la pensión de viudedad.

Entre los argumentos que utiliza el Tribunal Supremo en esta Sentencia, para determinar si se debe o no reconocer la pensión de viudedad, podemos destacar los siguientes:

a) El TS alega que la previsión de reconocimiento de matrimonio confesional existe desde 1981, en el Código civil, en los arts. 59 y 60. El art. 59 del CC, establece que el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados

---

los Estados contratantes de regular mediante las Leyes el ejercicio del Derecho de casarse”.

<sup>61</sup> En 1989 se celebra un matrimonio religioso evangélico, ante un Pastor de la Iglesia evangélica de Filadelfia, en Mieres, Asturias. En esa fecha no se había firmado el acuerdo con la Confesión evangélica, que se aprueba por Ley 24, de 10 de noviembre de 1992. En el año 2000 fallece el “esposo” y la “esposa” solicita al INSS la pensión de viudedad.

por el Estado o, en su defecto autorizados por la legislación de éste. Añade el art. 60, que el matrimonio celebrado, según las normas del Derecho canónico, o en cualquiera de las formas previstas en el artículo anterior, produce efectos civiles.

Según el TS, lo único que hizo la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, en la que se recoge el Acuerdo con la Federación de Entidades Evangélicas de España, fue reglamentar algo que para este Tribunal estaba reconocido desde 1981 por el Código civil, teniendo la Ley que recoge el Acuerdo efectos declarativos, y no constitutivos. La celebración del matrimonio evangélico se produce estando en vigor la normativa del Código civil, tras su modificación por la Ley 30/1981, de 7 de julio. El TS afirma que “el matrimonio celebrado en cualquiera de las formas aceptadas por la legislación civil era válido desde el año 1981 siempre que se atuvieran los contrayentes a las formas religiosas aceptadas por la legislación civil”<sup>62</sup>. Además, añade el TS, que queda probado que los contrayentes prestaron su consentimiento ante un Pastor de la Iglesia Evangélica de Filadelfia, Iglesia que está inscrita en el Registro de Asociaciones Religiosas<sup>63</sup>.

b) El TS defiende en esta Sentencia que para la validez civil del matrimonio religioso acordado han de exigirse solamente los requisitos de forma que exige el Código civil en la celebración

---

<sup>62</sup> STS de 15 de diciembre de 2004, FJ 1º. 4. Vid. RIVAS VALLEJO, P., “Efectos del matrimonio no inscrito en el ámbito de las Pensiones de Viudedad [Comentada en SJS de Mieres 20 abril 2001]”, en *Aranzadi Social*, Parte Presentación, núm. 3, 2001.

<sup>63</sup> STS de 15 de diciembre de 2004, FJ 2º. 4. “En consecuencia estamos ante un matrimonio celebrado antes de la Ley de 1992 pero siguiendo las pautas de una Iglesia reconocida en España cuyas formas se acomodan en lo esencial a lo después establecido legalmente, y nos encontramos también ante una norma de 1992 que lo único que hace es dar cumplimiento a una previsión ya existente en el Código Civil desde 1981. Por lo tanto no es fácil llegar a la conclusión de que la celebración en una u otra fecha sea determinante de la eficacia jurídica del matrimonio cuando lo único que hizo la norma nueva fue reglamentar algo que venía establecido desde antes, y por lo tanto con efectos declarativos y no constitutivos”.

del matrimonio civil, como son, el intercambio de consentimiento ante la autoridad competente y dos testigos.

Dicho matrimonio se celebró sin haberse tramitado el expediente previo civil, y tampoco se inscribió en el Registro Civil. El TS consideró que, a pesar de no estar inscrito el matrimonio, la mujer reunía la condición de cónyuge del causante, señalando que lo contrario supondría dar un trato distinto al matrimonio evangélico no inscrito que al matrimonio canónico no inscrito, dato que no soportaría un juicio de constitucionalidad, en concreto el que deriva del artículo 14 CE, principio de igualdad; del art. 16.1. CE, derecho de libertad religiosa; y del art. 39.1 CE, protección de la familia. El TS, se remite a la doctrina del TC que señala “dos supuestos de hecho habrán de reputarse iguales si el elemento diferenciador carece de la suficiente relevancia y fundamento racional”<sup>64</sup>. Afirma el TC que, a los efectos de la pensión de viudedad, el matrimonio canónico no inscrito es exactamente igual a cualquier otro matrimonio que haya tenido acceso al Registro Civil, por ello, iría en contra del principio de igualdad recogido en el art. 14 CE que la Administración introdujera un elemento generador de una desigualdad artificiosa que tuviera confirmación por un órgano judicial<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Véase STC 103/1983, STC 68/1990, STC 142/1990 y STC 114/1992, y ATC 68/1996, de 25 de marzo. Véase BARBER CARCAMO, R., “La incidencia del principio de igualdad ante la ley sobre el matrimonio no inscrito (Consideraciones entorno a la STC 199/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004,199), en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 4, 2005. Señala esta autora que la STC que comenta provoca la impresión de que se trata de un tribunal ordinario, que resuelve desde consideraciones de justicia material o de mera aplicación de la legalidad ordinaria, errores de los órganos judiciales. El engarce de la pretensión sobre consideraciones de adecuación constitucional resulta sutil y artificiosa lo que lleva a concluir que cualquier resolución judicial pudiera ser revisada desde una aproximación de justicia constitucional.

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 199/2004 (Sala Segunda), de 15 noviembre, FJ 6. Hay que hacer referencia a alguna interpretación que defiende que sí puede exigirse por el Estado el requisito de la inscripción del matrimonio religioso para que se genere una pensión de viudedad, sin que ello suponga violar el principio de igualdad. Esta opinión se recoge en el VOTO PARTICULAR que

Parece oportuno otorgar una pensión de viudedad en este caso, y en otros similares, aceptando que puedan existir circunstancias que hagan aconsejable conceder una pensión a una persona unida a otra por un matrimonio no reconocido por el Estado o por la convivencia *more uxorio*. Pero, a pesar de estar de acuerdo con la decisión que incluye esta Sentencia, considero que no puede dejar de criticarse su fundamentación jurídica, ya que se aplica al matrimonio examinado los efectos de un matrimonio religioso con efectos civiles, pasando por alto que en momento de su celebración, el legislador no había previsto para ese tipo de matrimonios los efectos que el TS le atribuye<sup>66</sup>.

En mi opinión, las normas que regulan el matrimonio contenidas en el Código civil, tras su reforma de 1981, no pueden

---

formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas a la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 199/2004 (Sala Segunda), de 15 noviembre, dictada en el recurso de amparo núm. 2365-2002. En el mismo se afirma que es preocupante, por desconocedora de la función que, en el ámbito del estado civil de las personas, está atribuida a la institución registral, la equiparación de matrimonios no inscritos y los inscritos desde la clave del principio de igualdad y no discriminación, a los efectos de generar una prestación de viudedad. Para argumentar esta postura se ha puesto de relieve la conexión existente entre la inscripción en el Registro Civil, y la plena eficacia del matrimonio. Si bien no se niega que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración (momento de inicio de los efectos), se afirma que estos efectos están sometidos a la *conditio juris* de la inscripción. Es la inscripción el elemento que unifica en el ordenamiento jurídico estatal la eficacia de las diversas formas de matrimonio propias o ajenas a la regulación de ese ordenamiento. Por eso, desde la perspectiva del ordenamiento estatal, parece desacertado prescindir de esa *conditio juris* y reconocer efectos vinculantes para el Estado en sus regímenes prestacionales a matrimonios no inscritos. Vid. RIVAS VALLEJO, P., “Efectos del matrimonio no inscrito en el ámbito de las Pensiones de Viudedad [Comentada en SJS de Mieres 20 abril 2001]”, cit. El autor considera adecuado que la Sentencia reconozca el derecho a la pensión en este caso.

<sup>66</sup> El INSS, como recoge la STS de 15 de diciembre de 2004, en su FJ 2, se opuso al reconocimiento a la demandante de su condición de viuda porque el matrimonio que ella celebró lo fue en una forma religiosa que en el momento de su celebración no estaba autorizada ni reconocida por el Estado, por cuya razón no puede producir los efectos civiles propios del matrimonio y por lo tanto de la viudedad, que exige para que se derive una pensión de viudedad el art. 174.2 de la LGSS.

por sí solas servir como fundamento para que el matrimonio religioso no católico tenga efectos civiles, ya que el Código civil únicamente recoge una remisión a una regulación futura que reconozca efectos a estos matrimonios “en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste” (art. 59 CC).

Además, el TS, en relación a la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, sobre el reconocimiento de efectos del matrimonio evangélico, señala que esta Ley tiene efectos declarativos, no constitutivos. Sin embargo, la Disposición final segunda de dicha norma establece expresamente su entrada en vigor al día siguiente al de su publicación en el BOE, y por lo tanto reconoce efectos civiles únicamente a los matrimonios realizados tras la aprobación de esta Ley, y no a los matrimonios evangélicos celebrados antes de su aprobación.

De acuerdo con esta idea, la Instrucción de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de Registros y Notariado<sup>67</sup>, establece que los Acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas minoritarias no tienen carácter retroactivo. Cuando la citada Instrucción se refiere al ámbito temporal de los citados Acuerdos, hace referencia a la irretroactividad del sistema previsto en los mismos, en aplicación de la regla que establece el art. 2.3 del CC, para todas las leyes. De forma que el régimen de reconocimiento de efectos civiles sólo alcanza a los matrimonios que se celebren a partir de la entrada en vigor de las Leyes que aprobaron los Acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas. Una vez que se aprueba el correspondiente Acuerdo, surge la posibilidad de celebrar matrimonio religioso evangélico con efectos civiles. La parte actora hubiera podido regularizar su situación conforme al Acuerdo, pero no lo hizo.

---

<sup>67</sup> Instrucción de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa, BOE 24 de febrero de 1993, núm. 47, p. 5881, c) Ámbito temporal de los Acuerdos.

Por todo ello, considero que el razonamiento que el TS lleva a cabo en esta Sentencia no tiene en cuenta que los Acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones minoritarias establecen un derecho especial aplicable a los matrimonios religiosos regulados por ellos, que son de aplicación preferente al régimen común establecido por el Código civil. Si aplicásemos este razonamiento del TS de forma generalizada, habría que concluir que los matrimonios de las confesiones inscritas, celebrados a partir de la reforma del Código civil de 1981, tendrían efectos civiles, aunque dichas confesiones no hubieran firmado posteriormente un acuerdo con el Estado.

3.2.2. Con relación al matrimonio homosexual, la reforma del Código civil del año 2005, tiene como consecuencia que los efectos del matrimonio son iguales para el matrimonio heterosexual y para el matrimonio homosexual, y esos efectos incluyen el derecho a la pensión de viudedad<sup>68</sup>.

La cuestión se ha planteado en los casos en los que ha sobrevenido el fallecimiento del causante antes de la reforma legal, cuando no era posible que dos personas del mismo sexo contrajeran matrimonio. La Ley no recoge una cláusula retroactiva en este sentido<sup>69</sup>, a pesar de ello, algunos

---

<sup>68</sup> El Instituto Nacional de la Seguridad Social reconoció el 7 de octubre de 2005, por primera vez en la historia española, el derecho a percibir una pensión de viudedad al cónyuge de una pareja homosexual, la pareja había contraído matrimonio el 21 de julio de este año, habiéndose producido el fallecimiento de uno de los miembros del matrimonio el pasado 23 de agosto.

<sup>69</sup> FOTINOPOULOU BASURKO. O., “El reconocimiento retroactivo de la pensión de viudedad a parejas”, en *Aranzadi Social*, núm. 10, Parte Estudio, 2006. Esta autora estudia la posible inconstitucionalidad por omisión de la Ley 13/2005, por no incluir una previsión similar a la de la Ley 30/1981. Otro autores consideran que cuando el hecho causante de la prestación, la muerte, se ha producido antes de que hayan podido contraer matrimonio es obvio que no hay matrimonio, consiguientemente no procede otorgar pensión de viudedad, véase RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Un noviazgo, aunque sea muy largo, no es suficiente para acceder a la pensión de viudedad. Comentario a la Sentencia del TSJ de Castilla-León núm. 194/2006 (JUR 2006, 110549)”, en *Aranzadi Social*, Parte Presentación, núm. 9, 2006.



PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL ANTE EL  
DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD

pronunciamientos judiciales están reconociendo la pensión de viudedad cuando se demuestra la convivencia de hecho con una persona fallecida antes de la legalización del matrimonio homosexual.

En este sentido, la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, de 14 de noviembre de 2005, reconoce el derecho a la prestación de viudedad en el caso de un hombre que formaba pareja de hecho con otro, a su fallecimiento, en el año 2002. El INSS había denegado solicitudes de derecho a pensión de viudedad, habiéndose realizado dichas solicitudes antes de la promulgación de la Ley que permite el matrimonio homosexual. Sin embargo, el juez considera probado que la pareja mantuvo una relación afectiva de convivencia durante doce años hasta el fallecimiento de uno de ellos, y concede sobre esta base la mencionada pensión.

En la misma línea, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca núm. 35/2006, de 26 enero, reconoce la pensión de viudedad a una mujer, tras el fallecimiento de la mujer que era su pareja de hecho en 2002<sup>70</sup>. En este caso ambas mujeres convivían desde 1992, y se habían inscrito como pareja de hecho en el Registro del Ayuntamiento de Palma de Mallorca en el año 2001. A pesar de que el fallecimiento de una de ellas se produce antes de la aprobación de la Ley que permite el matrimonio homosexual, el juez considera que hay indicios que llevan a pensar que podrían haberse casado cuando se hubiera aprobado la Ley, por lo que concluye que tiene derecho a la pensión de viudedad.

El argumento fundamental que justifica estas decisiones consiste en relacionar la reforma del Código civil de 2005, con la reforma de 1981, relativa al divorcio. Se señala que la reforma introducida por la Ley 13/2005, de 1 de julio, tiene la misma pretensión que la que tuvo la Ley del divorcio 30/1981, de 7 de

---

<sup>70</sup> Sentencia recurrida por el INSS que señala que no son asimilables la convivencia de estas mujeres al matrimonio, que es lo que genera el derecho de pensión.

julio, como es la de remover los obstáculos (la imposibilidad de divorcio, en un caso, o la imposibilidad de contraer matrimonio homosexual, en otro) que impedían a los ciudadanos contraer matrimonio y tener derecho a la pensión de viudedad. La Ley 30/1981, de 7 de junio, del divorcio, reconocía a quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la Ley en su momento, pero que hubieran vivido como cónyuges, en caso de fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de la norma, la posibilidad de reclamar los derechos correspondientes. Además, se alega la voluntad demostrada por el legislador de equiparar en el Código civil, y en materia de prestaciones de Seguridad Social, a las parejas homosexuales con las heterosexuales. El propósito de la Ley se impediría si sólo se aplicara a partir de la entrada en vigor de la nueva norma<sup>71</sup>.

3.2.3. En esta misma línea encontramos decisiones que reconocen la pensión de viudedad faltando la celebración del matrimonio<sup>72</sup>, como la Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 29 de noviembre de 2005, que resuelve un recurso planteado por el INSS frente a la Sentencia de instancia que estima la demanda de pensión de viudedad en el caso de una pareja que había decidido contraer matrimonio, y realizado el expediente previo ante el Registro civil correspondiente, fijándose como fecha de celebración del matrimonio el día 14 de

<sup>71</sup> Esta interpretación es contestada por algunos autores que mantienen que no parece que la situación actual de las personas homosexuales sea equiparable a la situación en la que se encontraban las mujeres en el contexto social de 1981, por lo que no parece que exista una justificación necesaria para entender incluida una cláusula de alcance retroactivo en el caso de la Ley 13/2005. Mantiene esta postura VIQUEIRA PEREZ, C., “Pensión de viudedad y matrimonio homosexual. A propósito de la Sentencia del JS nº 33 Madrid de 14 de noviembre de 2005”, en *Actualidad laboral*, nº 14, Segunda quincena julio de 2006.

<sup>72</sup> Hay que poner de relieve que otras decisiones judiciales niegan esta posibilidad, vid. Sentencia del TSJ de Castilla-León núm. 194/2006, y que la doctrina tampoco es unánime a este respecto, véase RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Un noviazgo, aunque sea muy largo, no es suficiente para acceder a la pensión de viudedad. Comentario a la Sentencia del TSJ de Castilla-León núm. 194/2006 (JUR 2006, 110549)”, cit.

diciembre. Antes de esta fecha se produce el fallecimiento de uno de ellos a consecuencia de un accidente de circulación.

El TSJ de Cataluña confirma la sentencia de instancia que reconoce la pensión de viudedad, argumentando que en este caso la voluntad de contraer matrimonio se había manifestado pública y solemnemente, pero su formalización se frustró por causa de un accidente. Señala el Tribunal que “a diferencia de otros supuestos, concurre en el presente caso el requisito fundamental del matrimonio, que es el consentimiento, contrastado en documentos públicos y adverbados a presencia judicial (...) es imperativo que las normas de la Seguridad Social, en cuanto partícipes del mejoramiento y progreso constitutivo de la Justicia como fundamento de todo Derecho, deben interpretarse de forma y modo que su aplicación no frene su dinamismo progresivo, acorde con las garantías de asistencia y prestaciones sociales que postula la Constitución, en cuanto inherentes al Estado Social y de Derecho”<sup>73</sup>.

#### 4. REFLEXIÓN FINAL.

La reclamada y anunciada reforma de las pensiones de viudedad no acaba de llegar, quizás porque un reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho va a traer consigo inevitablemente un aumento del gasto público que puede resultar difícil de mantener. Lo que nos deberíamos cuestionar en relación a la reforma, es si la mera extensión del régimen previsto para el matrimonio a las parejas de hecho sería adecuado, o por el contrario, se debería tener en cuenta que la realidad social a la que inicialmente respondía la regulación ha cambiado, y que

---

<sup>73</sup> STS de Cataluña de 29 de noviembre de 2005. La crítica que se podría oponer a la fundamentación jurídica de esta Sentencia es que no concurre el consentimiento, ya que para que un matrimonio sea válido el consentimiento tiene que prestarse en el momento de la celebración, consentimiento de presente, sin que de una promesa o declaración de voluntad matrimonial para un futuro pueda tener como consecuencia la consideración de que estamos ante un matrimonio válido.

también debería modificarse el régimen de la pensión de viudedad, antes de ampliar su ámbito subjetivo.

Si el régimen previsto por el art. 174 LGSS era apropiado para solucionar situaciones de necesidad propias de la familia típica de la sociedad española de los años 50 ó 60, en la que el marido era el soporte económico único de una familia, casi exclusivamente basada en el matrimonio, no parece que dicho régimen sea el más adecuado para la sociedad actual, y además no favorece al principio de autosuficiencia de las partes, del que se debería partir.

En este sentido, se propone acentuar la naturaleza asistencial de la pensión de viudedad y orientarla hacia a la cobertura de situaciones de necesidad del cónyuge o pareja de hecho supérstite, o a situaciones que supongan una minoración relevante de los ingresos en aquél. También se trataría de eliminar aquellas pensiones que no supongan una minoración de ingresos (como en el caso de la nulidad, separación y divorcio si no hay pensiones compensatorias).

Se considera que la exigencia del requisito del matrimonio para que surja el derecho a la pensión de viudedad no sirve para cumplir la función legitimadora típica, y provoca situaciones de injusticia material. Hasta el momento en el que se produzca la reforma hay que hacer referencia a determinadas situaciones, en las que el elemento de necesidad hace que parezca adecuado y “justo” reconocer este tipo de prestaciones a quienes no cumplen con alguno de los requisitos para que se derive la pensión de viudedad, como el matrimonio.

La denominada labor “humanizadora” y “espiritualizadora” que llevan a cabo los tribunales al interpretar la ley y aplicarla a situaciones concretas no puede hacerse prescindiendo absolutamente del hecho de que la ley establece unos requisitos para acceder a la pensión de viudedad, y que su supresión o eliminación es función del legislador y no del juzgador. El límite de la “extensión” o “relativización” de la norma en su aplicación

## PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO HOMOSEXUAL ANTE EL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD

es lo que, en buena lógica, ha de entender un buen padre de familia como interpretación espiritualista y flexible. La interpretación “relativa” que se respete este criterio debe ser considerada ajustada a derecho.

Las dispares soluciones judiciales que reconocen en algunos casos sí y en otros no pensiones de viudedad a parejas de hecho, también pueden ir en contra del principio de igualdad en la aplicación de la ley, además de crear una gran inseguridad jurídica, que una reforma legal evitaría.

