

LA PENSION DE VIUDEDAD DE PAREJAS HOMOSEXUALES. (A PROPÓSITO DE LA –DISCREPANTE– APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA DE LA LEY 30/1981 POR LOS JUZGADOS DE LO SOCIAL TRAS LA LEY 13/2005, DE 1 DE JULIO)

M^a GEMA QUINTERO LIMA *

SUMARIO: I. LA REGULACION INCOMPLETA DEL MATRIMONIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO COMO PUNTO DE PARTIDA. 1. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. 2. Ausencias en la Ley. II. SOLUCIONES JUDICIALES: EJES CENTRALES DE LA ARGUMENTACION CONTRADICTORIA. 1. La identidad de los supuestos de hecho de las sentencias. 2. La argumentación contradictoria de las sentencias, y los fallos encontrados: estimación /desestimación de la demanda de reconocimiento de derecho. 2.1. Argumentación desfavorable al reconocimiento del derecho a pensión de viudedad. Sentencia de Barcelona. 2.2. Argumentación favorable al reconocimiento del derecho a pensión de viudedad. Sentencias de Madrid y de Palma de Mallorca. III. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE TECNICA JURIDICA.

I. LA REGULACION INCOMPLETA DEL MATRIMONIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO COMO PUNTO DE PARTIDA

1. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Hasta la publicación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, a las personas del mismo sexo no les estaba permitido contraer válidamente matrimonio civil, siendo ésta una institución reservada a parejas de hombre y mujer. En consecuencia, el único marco de formalización jurídica de parejas del mismo sexo, se restringía al de la inscripción,

* Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Departamento de Derecho Privado, Social y Económico. Universidad Autónoma de Madrid. (gema.quintero@uam.es)

en los casos en que estaba permitido, en el registro de parejas de hecho con los efectos previstos por la normativa reguladora *in casu*¹.

A partir de una percepción evolutiva de la sociedad, el legislador asume –como se explica en su exposición de motivos– la necesidad de modificar una determinada regulación jurídica del matrimonio que entrañaba una situación de discriminación derivada de la orientación sexual. Así, dentro del marco constitucional², se juridifica una realidad social como es la de la convivencia de parejas del mismo sexo, y su inherente necesidad de poder optar por dotar de efectos jurídicos a dicha convivencia mediante la celebración del matrimonio civil cuando así lo deseen. Se pretende de esta manera equiparar las parejas homosexuales a las parejas heterosexuales, a las que se ofrece la posibilidad de optar por formalizar jurídicamente su relación personal mediante el matrimonio civil, o por no hacerlo. Hasta el momento, las parejas homosexuales no podían ejercer el derecho a contraer matrimonio, u optar por no llevar a cabo formalización alguna. Conexamente, la negación del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo entrañaba la imposibilidad de ser sujeto de derechos conexos al estado civil. O dicho de otro modo, a través de una regulación restrictiva del matrimonio, la orientación sexual de los ciudadanos limitaba, de un modo indirecto, el elenco de eventuales derechos derivados del vínculo matrimonial.

En orden a remover los obstáculos derivados de la conexión regulación del matrimonio civil vigente-orientación sexual, el artículo único de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (en adelante Ley 13/2005), modifica algunos artículos del Código Civil. Lo hace, de un modo sintético, en primer lugar para establecer que el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando los contrayentes sean del mismo o de

¹ No deja de ser cierto que ya se había procedido a una cierta juridificación de la realidad de la convivencia de parejas del mismo sexo a través de las distintas regulaciones autonómicas en materia de parejas de hecho. Sobre el tratamiento de las parejas de hecho en las leyes autonómicas, véase por todos, SERRANO ALONSO, E., *El nuevo matrimonio civil*, EDISOFER S.L., Madrid, 2005, pp. 31-40. No obstante, tampoco deja de ser verdad que la realidad regulada es radicalmente distinta: por lo general, las parejas de hecho heterosexuales renuncian a su derecho a contraer matrimonio en ejercicio de su libertad ideológica, pero demandan el reconocimiento de algunos efectos legales a su unión *more uxorio*. Sin embargo, hasta la ley 13/2005, las parejas de hecho homosexuales no tenían esa posibilidad de renuncia a ejercitar el derecho a contraer matrimonio civil, y era la formalización como pareja de hecho (en aquellos ámbitos donde se permitía) la única vía para generar ciertos efectos jurídicos.

² En efecto, de un modo sucinto, en la Exposición de motivos, el legislador estima que la Constitución, cuando le encomienda en el artículo 32 la configuración normativa de la institución del matrimonio, no excluye ninguna eventual regulación jurídica distinta del matrimonio de la que fuera tradicional en la historia del Derecho civil matrimonial pre-constitucional. Por el contrario, dentro de una interpretación sistemática de los mandatos constitucionales, se estima que la promoción de la igualdad material de los ciudadanos, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad personal, o el derecho a no ser discriminado por razón de su orientación sexual; justifican que el legislador actual haya de tomar en consideración que la sociedad ha evolucionado, admite diversas formas de convivencia, y demanda un reconocimiento jurídico de la opción de contraer matrimonio, al margen del sexo de los contrayentes.

diferente sexo (Art. 44.2° CC). En segundo lugar para sustituir todas las referencias a los términos *marido/ mujer*, por la de *cónyuge/s*³. Y, en tercer y último lugar, para sustituir las referencias al *padre/madre*, por el término *progenitores*⁴ en los casos de filiación.

En lo que aquí nos interesa, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la modificación legislativa del régimen matrimonial civil tiene, por irradiación, implicaciones en otros ámbitos del Ordenamiento jurídico en los que el vínculo matrimonial tiene relevancia jurídica. Algo que sucede, sin carácter exclusivo⁵, en materia de Derecho de la Seguridad Social. Consciente el legislador del carácter omnicompreensivo del Ordenamiento, ha previsto, como cláusula de cierre, que las disposiciones legales que contengan alguna referencia al matrimonio, se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes (Disposición adicional primera de la Ley 13/2005). De esta manera, aparentemente, se solucionarían los potenciales problemas derivados de la imbricación de instituciones en las distintas ramas del Ordenamiento español.

2. Ausencias en la Ley

Ahora bien, en la nueva regulación establecida por la Ley 13/2005 se observan algunas carencias. De todas ellas conviene señalar la ausencia de disposiciones transitorias que ofrezcan solución a las cuestiones intertemporales⁶ que la nueva norma pudiera suscitar. En efecto, esta Ley 13/2005, se limita a fijar una fecha de entrada en vigor, la del 3 de julio de 2005, como establece la disposición final segunda. Así, en principio, sólo a partir de entonces podrían celebrarse válidamente, y con plenos efectos jurídicos, matrimonios entre parejas del mismo sexo. Esta opción legislativa, desde

³ En concreto, en el artículo único de la ley 13/2005 se procede a la modificación de los artículos 66, 67, 164.2°, 175.4°, 178.2°, 637.2.1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1365.2°, 1404, 1458, del Código Civil.

⁴ En la disposición adicional segunda de la Ley 13/2005, se modifican los artículos 46, 48 y 53 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.

⁵ En efecto, en el ámbito del Derecho del Trabajo, del Derecho Tributario, o del Derecho mercantil, la existencia de un vínculo matrimonial presenta una regulación diferenciada. En el primero de ellos, por poner algunos ejemplos, la celebración del matrimonio da derecho a una licencia retribuida por matrimonio, o por enfermedad o muerte del cónyuge; en el ámbito del derecho Tributario, especialmente en lo relativo al IRPF, se ha arbitrado la modalidad declaración conjunta, así como se prevén deducciones por cónyuge a cargo; o, por cerrar, en Derecho mercantil, la regulación del régimen del empresario presenta matices cuando hay vínculo matrimonial.

⁶ El problema transitorio, también denominada cuestión intertemporal, no es más que un problema de determinación de la legislación aplicable a los hechos intertemporales; o hechos que tiene una vida jurídica cuyo espesor temporal les hace prolongarse bajo el imperio de diferentes normas sucesivas, cuyos límites temporales de aplicación desborda. (QUINTERO LIMA, M.G., *Derecho transitorio de Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 64-65).

una perspectiva de técnica normativa, resultaría impecable; pero no deja de ser cierto que podrían haberse dotado de ciertos efectos retroactivos a la norma, por cuanto se podrían dar situaciones en las que, desde el punto de vista puramente fáctico, la realidad de la convivencia *more uxorio* fuera anterior a su juridificación, pero no pudiera generar efecto jurídico alguno como consecuencia de un hecho imprevisible, como es el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja. Sin embargo, esta disposición final es una traducción de la doctrina civilista habitual, la del artículo 2.3^o CC, según la cual *las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario*.

Pero, ¿resultan irrelevantes los periodos de convivencia anteriores al matrimonio, a efectos sucesorios, por ejemplo, o en lo referido a otros efectos económicos?; ¿cabría convalidar determinados negocios jurídicos anteriores al matrimonio, para introducirlos en un determinado régimen económico matrimonial, de modo que una eventual comunidad de bienes previa se convierta en una sociedad de gananciales, por ejemplo? Estas y otras preguntas no encuentran una solución explícita en el texto de la Ley 13/2005, salvo la de que los contenidos de la ley se aplican para situaciones posteriores al 3 de julio de 2005, y por tanto sólo a partir de entonces surten efectos. *A contrario*, parecería que a las situaciones anteriores a esa fecha no les resulta de aplicación la nueva norma. De esta manera, el legislador civil renuncia a regular algunas situaciones jurídicas del pasado, con relevancia en materia civil.

Por irradiación, deja sin resolver algunas otras situaciones *de facto* con relevancia jurídica en otras ramas del ordenamiento conexas. Se está produciendo así un problema de intertemporalidad externa en Derecho de la Seguridad Social. Porque, producido un supuesto de sucesión normativa en la regulación del matrimonio en el Derecho Civil, se irradian a la de Seguridad Social los eventuales problemas de intertemporalidad internos generados en esa otra rama. Con carácter general, la irradiación resulta más o menos trascendente según el grado de conexión que haya entre las dos ramas. En lo que concierne a este caso, el Derecho Civil se presenta como una rama en la que se incardinan toda una serie de presupuestos del Derecho de la Seguridad Social en sí mismo. Entre otros se está pensando en el vínculo matrimonial que sirve de requisito de acceso a determinadas prestaciones, entre las que interesa la de viudedad.

Para extrapolar esas cuestiones intertemporales que se planteaban desde la vertiente civil, al ámbito de la Seguridad Social, baste poner como ejemplo el supuesto que sirve de punto de partida de la polémica judicial: en abstracto, ¿puede uno de los miembros de una pareja de hecho homosexual constituida con anterioridad a la ley 13/2005 solicitar una pensión de viudedad derivada del fallecimiento del otro miembro de la pareja? Según la mencionada disposición adicional primera de la Ley 13/2005 no habría inconveniente en extrapolar los derechos de Seguridad Social a prestaciones de muerte y supervivencia (Art. 171 y ss LGSS), siempre que los miembros

de la pareja homosexual hubieran contraído matrimonio civil conforme a la Ley 13/2005.

Ahora bien, ¿surge idéntico derecho cuando la muerte de uno de los miembros de la pareja se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005, es decir, antes de que tuvieran legalmente posibilidad de contraer matrimonio? A tenor del texto literal de la ley, no es posible admitir una respuesta favorable a la adquisición de un derecho de Seguridad Social: la Ley 13/2005 entra en vigor a partir del 3 de julio de 2005, sólo a partir de entonces es posible contraer matrimonio, y sólo a partir del fallecimiento ulterior al matrimonio de un cónyuge podría generarse un derecho a pensión de viudedad.

Esta respuesta provoca una pregunta encadenada: ¿qué sucedería entonces en el caso de aquellas parejas de hecho en las que uno de los dos miembros hubiera fallecido antes del 3 de julio de 2005, sin que la pareja hubiera podido formalizar su vínculo matrimonial por no estar previsto legalmente entonces? La Ley 13/2005 guarda silencio al respecto. Desde una perspectiva puramente positivista, la ausencia de cualquier regulación de *lege data* de esos supuestos no merece reproche alguno. Sin embargo, desde una perspectiva de *lege ferenda*, sí sería reprochable que el legislador haya optado por una aplicación inmediata de la norma, sin prever norma transitoria alguna que establezca una regulación de paso entre la antigua norma que no permitía el matrimonio entre parejas del mismo sexo, y la nueva norma que sí lo hace. Y el reproche surge a partir de dos órdenes de consideraciones. En primer lugar, omitiendo cualquier disposición transitoria el legislador ha establecido un punto cero del tránsito que hace que actúe una lógica absolutamente bivalente, y no permite la aplicación de soluciones de lógica borrosa⁷. De esta manera, el 3 de julio de 2005 actúa como frontera inexpugnable: las parejas de hecho que hayan contraído matrimonio después de esa fecha tienen todos los derechos derivados del mismo; las parejas que no hayan podido hacerlo (por fallecimiento de uno de los miembros de la pareja antes del 3 de julio de 2005) no gozan de ningún derecho. Se aplica la lógica del *todo o nada*.

Como segunda consideración se ha de destacar el hecho de que en la historia del Derecho Civil hay un paradigmático antecedente de tratamiento jurídico de una situación idéntica. En efecto, en aras de reducir los márgenes de injusticia derivada de la ausencia de una lógica borrosa, el legislador que modificó en 1981 el régimen del

⁷ Estas soluciones pretenden evitar las consecuencias negativas que se derivan de la falta de tratamiento de esa borrosidad *de facto*. Se ha puesto de manifiesto que el legislador, con carácter general, cuando procede a la reforma del ordenamiento jurídico, adopta una preferencia por la lógica bivalente, la propia del positivismo legal. De manera que el sujeto protegido, o cumple los requisitos que exige la norma vigente en el momento en que se produce el hecho o situación en concreto, o no puede verse aplicar esa normativa. Para más detalles, véanse KOSKO, B., *Pensamiento borroso*, Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1995, pp. 270-271, y FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributiva*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 299-300.

matrimonio y estableció la institución del divorcio, sí incorporó normas de Derecho Transitorio que resucitaban o rehabilitaba situaciones del pasado que allí no pudieron generar ningún efecto jurídico; y las dotó de efectos hacia el futuro. De esta solución la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio es el claro ejemplo. Allí, se permitió reparar situaciones –que el legislador consideró discriminatorias– producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma; más concretamente se permitió que los miembros supérstites de parejas de hecho que no habían podido contraer matrimonio por no existir la institución del divorcio, pudieran adquirir el derecho a pensión de viudedad, *como si* hubieran contraído matrimonio antes del fallecimiento del causante.

Sin embargo en esta ocasión, el legislador ha prescindido de cualquier regulación de este supuesto, y su renuncia a establecer disposiciones de tránsito, no deja de resultar relativamente problemática, como lo han puesto de manifiesto algunos pronunciamientos judiciales. Pronunciamientos que no están exentos de generar, a su vez, una fuerte polémica doctrinal, lo que justifica este breve comentario.

II. SOLUCIONES JUDICIALES: EJES CENTRALES DE LA ARGUMENTACION CONTRADICTORIA

Como punto de partida, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que, aunque aquí se analizan únicamente tres sentencias de distintos juzgados de lo social, esta cuestión, *a priori*, es susceptible de generar en lo sucesivo una polémica mayor, en la medida en que las sentencias sigan el íter de los recursos que prevé el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL)⁸.

Al margen de la evolución ulterior de esta problemática jurídica, en concreto, se estudian aquí: la sentencia de 14 de noviembre de 2005 del Juzgado de lo Social número 33 de Madrid (en adelante, sentencia de Madrid), la sentencia de 30 de diciembre de 2005, del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona (en lo sucesivo, sentencia de Barcelona), y la sentencia de 26 de enero de 2006, del Juzgado de lo Social número 3 de Palma de Mallorca (denominada a partir de aquí, sentencia de Palma de Mallorca).

⁸ En concreto, se está pensando en el encadenamiento de recursos de suplicación ante los respectivos Tribunales Superiores de Justicia (Art. 188-202 LPL), y en el recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo (Art. 216-226 LPL).

1. La identidad de los supuestos de hecho de las sentencias

En las tres sentencias, el supuesto de hecho es idéntico: uno de los miembros de una pareja homosexual, inscrita como unión estable ante el registro territorialmente competente, fallece antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005. El miembro superviviente solicita, después del 3 de julio de 2005, pensión de viudedad al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). La Entidad Gestora deniega en los tres casos la pensión en aplicación de la legislación vigente (Art. 174.1º Ley General de la Seguridad Social, en adelante LGSS); a tenor de la cual, sólo se genera derecho a pensión cuando existe un vínculo matrimonial entre el causante y el superviviente, sin que la formalización como pareja de hecho, el otorgamiento de testamento, o la existencia de una comunidad de bienes, como manifestaciones de una *voluntas matrimonialis*, puedan tener efectos asimilables a la celebración del matrimonio civil. Dado que el fallecimiento se produjo antes de que la nueva ley estableciera la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contrajeran matrimonio, en el momento del hecho causante de la prestación de viudedad (la muerte), no se cumplía el requisito legal de la existencia de vínculo matrimonial entre el supérstite y el sujeto causante. No es éste sino el resultado de la aplicación de la disposición transitoria primera de la LGSS, de la que se deduce un principio jurisprudencial de aplicación de la normativa de Seguridad Social en el tiempo, según el cual la adquisición del derecho de Seguridad Social se produce según lo previsto en la norma vigente en el momento en el que se produce el hecho causante⁹. Dado que en el momento de la muerte rige el Art. 174 LGSS, que exige vínculo matrimonial en sentido estricto, y dicho vínculo no existe entre los miembros de la pareja homosexual, no ha lugar a causar derecho de Seguridad Social alguno.

Las respectivas denegaciones de reconocimiento de prestación abrieron la vía de la jurisdicción social a través de la interposición de las prescriptivas reclamaciones previas ante el INSS, y posteriores demandas, que se sustanciaron ante los Juzgado de lo Social competentes mediante el procedimiento especial de Seguridad Social (artículos 139-145 bis LPL). Resultado de esos procesos, son las tres sentencias de los juzgados de lo social, la de Madrid, la de Barcelona y la de Palma de Mallorca, que llegan a consecuencias jurídicas contradictorias entre sí en sus respectivos fallos.

⁹ Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1970 y doctrina posterior.

2. La argumentación contradictoria de las sentencias, y los fallos encontrados: estimación /desestimación de la demanda de reconocimiento de derecho

2.1. Argumentación desfavorable al reconocimiento del derecho a pensión de viudedad. Sentencia de Barcelona

De las tres sentencias de instancia, la sentencia de Barcelona desestima la demanda, y por lo tanto asume la solución jurídica que se había ofrecido en vía administrativa, a saber la denegación de la pensión de viudedad. Siquiera mínimamente, resulta interesante revisar la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia. La demanda interpuesta ante el juzgado de lo social número 33 de Barcelona, se apoya, principalmente en dos argumentos, uno conectado con el Derecho transitorio, y otro conectado con la regulación sustantiva de los requisitos de acceso a la prestación de Seguridad Social en caso de muerte y supervivencia; argumentos ambos que giran en torno a la institución del matrimonio.

En primer lugar, se alega por el demandante que la imposibilidad legal de matrimonio homosexual en el momento de la defunción del causante es discriminatoria e incumple el mandato constitucional de protección a la familia (Art. 14 y 39 CE), por lo tanto, la denegación de la pensión de viudedad en base a la exigencia de un vínculo conyugal, que era legalmente imposible, es también discriminatoria. Conectado con el anterior, los poderes públicos, incluido el judicial, están vinculados por el mandato de remover los obstáculos que impidan el disfrute pleno de los derechos. En consecuencia, se postula la aplicación retroactiva de los efectos de la Ley 13/2005. Para ello, se habría de recurrir a la aplicación analógica de la disposición adicional décima de la Ley del divorcio.

Respecto de esta primera argumentación la sentencia de Barcelona entiende que no cabe aplicar analógicamente la solución dada en 1981 en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981. De un lado, la Ley 13/2005 no prevé ningún tipo de efecto retroactivo, algo que sí hacía la Ley 30/1981, de 7 de julio, de forma que parece claro que el legislador no ha querido dotar de eficacia retroactiva a la nueva modalidad de matrimonio entre personas del mismo sexo (fundamento jurídico cuarto). De otro lado, el magistrado juez considera que la nueva Ley 13/2005 no regula el ejercicio de un derecho constitucional –el de contraer matrimonio, que ya está regulado y contempla el matrimonio heterosexual– sino que incluye a un colectivo excluido –el de las parejas homosexuales– en el ejercicio del derecho. En opinión del magistrado juez, la Ley 13/2005, incorpora a los homosexuales en el derecho al matrimonio. Algo que considera « *sustancialmente diferente de lo que hizo la Ley 30/81, que es reformar la normativa ordinaria (el Código Civil) para posibilitar el disfrute efectivo de un derecho ya reconocido en la Constitución como era el del matrimonio hetero-*

sexual, lo que explica la retroactividad...». Junto a lo anterior, en la sentencia de Barcelona se argumenta que, en definitiva, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre el carácter no discriminatorio de la denegación de pensión de viudedad al miembro supérstite de una pareja homosexual (véase el Auto del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 1994).

El segundo argumento de la demanda se concreta en la necesidad de, al margen de la aplicación de la nueva Ley 13/2005 en el tiempo, retroactivamente o no, se habría de reinterpretar el artículo 176 LGSS en orden a integrar no sólo los supuestos en los que causante y superviviente estén ligados por un vínculo matrimonial, sino que también se entiendan subsumidos las situaciones de convivencia estable *more uxorio*.

Respecto de este segundo argumento la sentencia de Barcelona, en su fundamento jurídico quinto establece que tampoco es posible alegar el tratamiento discriminatorio que la ley da a las situaciones de convivencia sustentadas en un vínculo matrimonial –marco en el que sí se conceden pensiones de viudedad–, respecto de las situaciones de convivencia *more uxorio* –donde se deniegan esas pensiones¹⁰. En efecto, se trae a colación el hecho de que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 184/1990, de 15 de noviembre, mantuvo la constitucionalidad del requisito exigido por la legislación de Seguridad Social, que se concretaba en el vínculo conyugal como presupuesto para causar pensión de viudedad. Doctrina constitucional ésta que el magistrado juez entiende aplicable a todas las posibles situaciones de convivencia *more uxorio*, sea de tipo hetero- u homosexual. En consecuencia, a la vista de esos argumentos, la sentencia de Barcelona deniega la pensión.

2.2. Argumentación favorable al reconocimiento del derecho a pensión de viudedad. Sentencias de Madrid y de Palma de Mallorca

Por el contrario, a diferencia de la sentencia de Barcelona, los fallos de las otras dos sentencias objeto de análisis, sí resultan favorables al reconocimiento de la pres-

¹⁰ El Magistrado del Juzgado número 33 de Barcelona indica que previamente ya había planteado, paralelamente a otros magistrados jueces, una cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 176 LGSS, en relación con la exigencia del vínculo matrimonial. El magistrado admite estar convencido de que la denegación de la pensión de viudedad por falta de vínculo conyugal en aquellas situaciones de larga convivencia y dependencia económica del supérstite respecto del fallecido podría generar una situaciones «*incuestionablemente injusta, por desproporcionada*»; sobre todo si se ha admitido constitucionalmente que la pensión de viudedad asegura la protección social de la familia, y que la constitución no impone un único modelo de familia. No obstante, en la sentencia de Barcelona se indica que por Autos de 3 de junio de 2002, de 10 de febrero de 2004, y 11 de abril de 2004, el Tribunal Constitucional inadmitió esas cuestiones de inconstitucionalidad, y reiteró la vigencia de la doctrina de la STC 184/1990.

tación. La sentencia de Madrid, parte de la consideración de que la Ley 13/2005, presenta un carácter fuertemente igualitario y antidiscriminatorio, en el sentido de que pretende colocar en posición de igualdad en el patrimonio a las parejas del mismo sexo, frente al binomio «hombre/mujer»¹¹. Carácter ese que se extiende a los demás ámbitos del ordenamiento, como lo indica la disposición adicional primera de la Ley 13/2005. En principio, esos argumentos no resultan contradictorios con los de la sentencia de Barcelona, de hecho suponen simplemente una interpretación literal de la norma.

La contradicción con la sentencia de Barcelona se plantea en la medida en que, en lo referido a la vertiente problemática de Derecho Transitorio, en la sentencia de Madrid y en la sentencia de Palma de Mallorca los magistrados optan por la aplicación analógica de la solución dada en su momento por la disposición adicional décima de la Ley 30 /1981. Opción que se sustenta en distintos fundamentos en la sentencia de Madrid y en la de Palma de Mallorca.

Por su parte, la sentencia de Madrid llega a la conclusión de la aplicación analógica a partir de una línea de argumentación relativamente densa. En primer lugar, interpreta que la disposición adicional primera de la Ley 13/2005, cuando establece que las disposición que contengan referencias al matrimonio se aplicarán con independencia del sexo de sus integrantes, procede realmente, junto a otras posibles aplicaciones, a remitir la solución de un problema como el planteado a la disposición adicional décima, apartado segundo de la Ley 30/1981, que sigue vigente. Determinar que sea esa la norma aplicable, habilita al magistrado de lo social para dejar sin aplicación la regla que rige en materia de Seguridad Social, a saber, el principio de irretroactividad de las leyes¹². Principio que, según dicho magistrado, únicamente resulta de aplicación cuando no haya norma específica de resolución de las cuestiones transitorias. De esta manera, admitiendo que la regla general de irretroactividad cede si hay una norma transitoria específica que reconozca efectos retroactivos, en la medida en que se señala que esa disposición específica es la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, deja sin efecto la solución general de que la legislación vigente en el momento de producirse la muerte del causante es la que rige la causación del derecho a la pensión de viudedad.

Derivado de lo anterior, en segundo lugar, asume que en orden a respetar la voluntad igualitarista de la ley, se ha de reconocer la solución –reconocer pensión de viudedad– que el legislador daba a aquellos supuestos en los que dos personas de

¹¹ El Instituto Nacional de la Seguridad Social, sin embargo, entendió al resolver la reclamación previa a la demanda que la ley no tiene por objeto eliminar o reparar una situación de discriminación, sino recoger normativamente la evolución de la sociedad en lo relativo a su consideración del matrimonio.

¹² A tenor de este principio contenido en la disposición transitoria primera de la LGSS se ha de aplicar la ley vigente en el momento de producirse el hecho causante (la muerte), en cuyo caso el resultado es el de la denegación de la pensión de viudedad, porque no hay vínculo matrimonial alguno

distinto sexo no pudieron contraer matrimonio antes de la ley del divorcio, por esta una de ellas ligada por un vínculo matrimonial previo, y uno de los miembros de la pareja heterosexual falleció antes de poder contraer matrimonio conforme a la nueva regulación. En definitiva, el magistrado entiende que el supuesto de hecho que se analiza, y los supuestos de hecho contemplados en aquella disposición adicional décima de la ley 30/1981, se pueden considerar análogos: dos personas –del mismo o distinto sexo– conviven maritalmente, y no han podido contraer matrimonio antes del fallecimiento de una de ellas por no posibilitarlo la legislación vigente (por no estar permitido el divorcio, y una de las personas de la pareja tenía un vínculo matrimonial previo indisoluble, o por no estar permitido el matrimonio homosexual), si bien, con posterioridad al fallecimiento, una reforma legislativa elimina la causa inhabilitante (permitiendo el divorcio, o posibilitando el matrimonio entre personas del mismo sexo). De esta manera, se justifica que se ofrezca una solución análoga y, sobre la base de esa voluntad igualitarista, la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, que contiene un régimen especial de la pensión de viudedad sea de directa aplicación con independencia de la orientación sexual de los integrantes de la pareja de hecho. Sólo así el legislador consigue remover efectivamente los obstáculos que la orientación sexual había supuesto antes de la Ley 13/2005.

Por otra parte, la sentencia de Palma de Mallorca¹³ se fundamenta en una interpretación humanizadora y flexibilizadora de la normativa de Seguridad Social, conforme al principio de equidad, que se concretaría en el principio de protección. De un modo más preciso, sobre la base de que las prestaciones de muerte y supervivencia tiene la finalidad de proteger las situaciones de necesidad de las personas supervivientes que dependían económicamente del causante trabajador/a, no tiene sentido considerar de mejor derecho a las parejas heterosexuales que no pudieron contraer matrimonio antes de la ley del divorcio, respecto de las parejas homosexuales que no han podido hacerlo hasta la Ley 13/2005, cuando la situación de necesidad es idéntica.

En definitiva, esa argumentación conduce a que, en primer lugar, la sentencia de Madrid, estime la demanda y reconozca derecho a la pensión de viudedad, con efectos desde el 3 de julio de 2005. O dicho de otra manera, sobre –lo que el magistrado denomina– retroactividad en grado mínimo, el derecho se reconoce no desde la muerte del causante, sino desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 13/2005. En segundo lugar, la sentencia de Palma de Mallorca estima igualmente la demanda, pero otorga efectos retroactivos al reconocimiento del derecho, de suerte que se reconoce el derecho a percibir la correspondiente pensión de viudedad a contar desde los tres meses anteriores a la solicitud.

¹³ Se apoya en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas, de 7 de noviembre de 2003, que argumentaba en orden a conceder pensión de viudedad en el caso de convivencia marital entre un varón y un transexual masculino.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE TECNICA JURIDICA

A la vista de las tres sentencias de juzgados de lo social, y al margen de los pronunciamientos posteriores en suplicación, se ha de concluir que la sentencia de Barcelona presenta una argumentación más respetuosa con los elementos de técnica jurídica empleadas. Consideración esta que se justifica en dos ámbitos, uno sustantivo, de Derecho de la Seguridad Social, y uno meta-sustantivo o de Derecho Transitorio:

Por lo que se refiere al primero de ellos, se puede afirmar que la regulación actual de la pensión de viudedad –pendiente de una reforma en orden a asimilar situaciones jurídicas que adoptan la fórmula matrimonial y la forma convivencia *more uxorio*– exige de una manera indiscutible como requisito el vínculo matrimonial conforme al Derecho Civil. Y eso entraña que aquí no resulte de aplicación la analogía, en la medida en que el legislador ha optado por exigir un requisito formal (certificado de matrimonio civil), y no un requisito material (convivencia, dependencia económica, ánimo de auxilio y socorro mutuo, comunidad de vida y de bienes etc.). Algo distinto es que, *lege ferenda*, quizás pudiera resultar óptima una reforma de las prestaciones familiares/ de muerte y supervivencia en orden a depurar la situación protegida, para lo que se debería sustituir la exigencia formal del vínculo conyugal¹⁴.

Conectado con esto, se ha de llamar la atención sobre una cuestión: dotar de los mismos efectos a situaciones de convivencia de hecho *more uxorio* que a las situaciones jurídicas en las que se ha formalizado un matrimonio civil, y hacerlo a partir de la hipótesis de que si no hubiera habido imposibilidad legal la pareja habría contraído matrimonio civil, no deja de constituir una ficción jurídica. En la regulación jurídica actual del matrimonio, la formalización de la voluntad ante el órgano competente tiene carácter constitutivo. De ahí que, de la convivencia anterior a la ley, y la inscripción en un registro de parejas de hecho, no ha de derivarse la voluntad de los miembros de la pareja de desear contraer matrimonio (hay muchas parejas de hecho heterosexuales que, contando con la posibilidad de hacerlo, han optado por no contraer matrimonio, y sí han decidido la su inscripción en un registro). Es decir, no es fácil pensar que, sin la celebración efectiva del matrimonio, se pueda conocer que la pareja tenga *voluntas matrimonialis*, y desear que su relación personal tenga los efectos del matrimonio. Cuestiones estas que merecerían un debate distinto en torno a la vigencia de las bases ius-filosóficas de la institución del matrimonio, y en torno a la necesidad de una reforma.

¹⁴ Así lo advierte el magistrado del juzgado de lo social número 33 de Barcelona, que afirma que “a la espera de una necesaria, y urgente reforma legislativa de la prestación de viudedad, que la adapte a los nuevos modelos de familia...la doctrina constitucional veda la posibilidad de una interpretación extensiva o adaptativa de la exigencia del vínculo matrimonial” (fundamento quinto).

En lo que concierne al Derecho Transitorio, se ha de llamar la atención sobre la instrumentalización que de sus técnicas y principios se ha hecho en las sentencias de Madrid y de Palma de Mallorca. Instrumentalización que resulta seriamente criticable desde un punto de vista de técnica jurídica de Derecho Transitorio, si bien merece una valoración altamente positiva desde el punto de vista del resultado de dicha instrumentalización. Por lo que se refiere a los aspectos de técnica jurídica, como ya se ha puesto de manifiesto, se parte de una gran ausencia: el legislador de la Ley 13/2005, voluntaria, o negligentemente, ha dejado de diseñar algunas soluciones a cuestiones intertemporales problemáticas. Es cierto que, en sentido estricto, los supuestos de hechos que suscitan la controversia judicial no son hechos intertemporales, sino hechos del pasado, agotados, que no surtieron allí efectos, pero que, si la situación se hubiera producido tras la entrada en vigor de la nueva norma, sí los habrían surtido. Dejando a un lado la controversia sobre si ese tratamiento diferenciado derivado de la sucesión de las normas en el tiempo resulta discriminatorio y contrario al principio de igualdad¹⁵, no deja de ser cierto que se producen situaciones de relativa injusticia material.

No obstante, la búsqueda de una solución a situaciones inicuas, en las que el legislador ha obviado un tratamiento específico mediante una norma transitoria análoga a la que incluyera en la ley 30/1981, y en las que por aplicación de las reglas supletorias de derecho transitorio se concluye con la no-causación de la pensión de viudedad, esas dos razones no justifican un tratamiento instrumentalizado de algunas instituciones jurídicas. O dicho de otro modo, los argumentos de índole axiológica, cuasi-metajurídica, no pueden amparar ni la deformación, ni la inaplicación de las normas jurídicas¹⁶. Así, la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 tenía una

¹⁵ Controversia que ha sido ya resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido de negar el carácter discriminatorio del distinto tratamiento que, tomando como punto de conexión el hecho causante, ofrecen las normas sucesivas en el tiempo a situaciones idénticas. Se entiende que el hecho causante sí es un elemento objetivo y razonable de diferenciación. Véase, por todas, la Sentencia 70/1983, de 26 de julio.

¹⁶ En efecto, no deja de presentar un gran peligro de ideologización de las soluciones jurídicas que el juez se deje impregnar de sus convicciones morales; convicciones que no dejan de ser elementos meta-jurídicos. En el caso del matrimonio, esto se pone parcialmente de manifiesto. Porque, en la base de las consideraciones de orden jurídico subyace una percepción moral de las conductas sexuales, y de la orientación sexual. Trasplantado esto al ámbito jurídico, se entiende que con la publicación de la ley, se generó la fuerte polémica de si era constitucional diseñar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Polémica que ha llevado a la presentación de varios recursos de inconstitucionalidad. La opinión de que el matrimonio homosexual sea conforme a derecho o no – consideración que irá paralela a la aceptación o no de la homosexualidad como una realidad conforme a las reglas de la moralidad– puede influir en mayor o menor medida en la forma en que los jueces resuelvan supuestos como el de las sentencias que se comentan aquí. Por ejemplo, el magistrado del juzgado de lo social de Madrid asume una determinada concepción del matrimonio, a saber, la de que dentro del mandato constitucional del Art. 32.1 CE, a pesar de que el constituyente estuviera pensando en las uniones heterosexuales, no impide que personas del mismo sexo puedan casarse. En la Constitución se reconoce el derecho de las parejas heterosexuales, pero no se excluyen otras; de tal manera que nada impide que el legislador ordinario dote de capacidad a un ciudadano para casarse con una persona del mismo sexo. Sobre la base del criterio hermenéutico del artículo 3.1 CC, la realidad social, que evoluciona –y así lo admite la exposición de motivos de la ley– exige extender el derecho a contraer

finalidad concreta, que no se ha de extrapolar a otras situaciones posteriores que el legislador no había podido contemplar como subsumibles. O dicho de otra manera, el legislador de 1981 consideró óptimo reconocer derechos a aquellas parejas de hecho heterosexuales que no pudieron contraer matrimonio por existir un ligamen matrimonial previo e indisoluble jurídicamente entre uno de los miembros y una tercera persona. Pero no estableció una regla general según la cual todas las modificaciones progresistas del régimen matrimonial implícitamente entrañaban la rehabilitación de situaciones fácticas agotadas en el pasado para la generación de efectos tras la nueva norma.

Con esa interpretación teleológica y humanizadora de las normas se atribuyan derechos, no parece admisible que el juez haya de suplantar la voluntad legislativa, al modo del *juez Hércules*. Eso sí, de las sentencias de Madrid y de Palma de Mallorca se deriva una consecuencia de relativa trascendencia: ambas hacen, en mayor o menor medida, patente que en Derecho de la Seguridad Social habría un eje axiológico en torno al denominado principio de protección. Principio que, en materia de Derecho Transitorio, guiaría el diseño de soluciones jurídicas explícitas a los problemas intertemporales en sentido estricto y en sentido amplio en el sentido de aplicar la nueva norma si resulta más favorable, y no la norma vigente en el momento de producirse el hecho causante.

En definitiva, habrá que esperar a las resoluciones que solventen los recursos de suplicación anunciados por la Entidad Gestora/recurrente. Porque no se ha de olvidar que este asunto, además de presentar múltiples implicaciones de carácter jurídico, es de una trascendencia económica considerable, dado que, en definitiva, se dilucida el reconocimiento de una prestación económica de viudedad. Razón ésta que no va a dejar exenta de debate ulterior a la cuestión de la aplicación analógica de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, veinticinco años después.

matrimonio a todos los ciudadanos, al margen de su orientación sexual. Sin que por ello se vea afectada la reconocibilidad de la institución matrimonial (Fundamento jurídico tercero de la sentencia de Madrid).