

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA LABORAL INTERNACIONAL
ENERO / JUNIO 2016

CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOR JURISPRUDENCE
JANUARY / JUNE 2016

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

Recibido: 15.12.2016 / Aceptado: 22.12.2016

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3626>

Resumen: Se analizan las resoluciones judiciales en materia laboral más importantes para el ordenamiento jurídico español de la Corte Internacional de Justicia, del Comité de Libertad Sindical, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde el 1 de enero de 2016 al 30 de junio de 2016. En el ámbito del Tribunal de Justicia se reseña la sentencia *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. García-Nieto* relativa a la compatibilidad de la legislación comunitaria que facilita la movilidad de trabajadores con la normativa interna del país de destino que no concede prestaciones sociales de asistencia los primeros tres meses tras la formalización de la residencia para los trabajadores migrantes de otro estado miembro. En la sentencia *Estrella Rodríguez c. Consum SCV* se plantea si es posible aplicar un permiso parental para una situación fáctica de reducción de jornadas tras el disfrute de un permiso de maternidad. La reducción horario se concedió sin problemas, pero no así la elección horaria en que se concretaba la reducción que había solicitado la trabajadora. Se pretendía aplicar directamente un permiso parental para esta situación de reducción para cuidado de un menor tras el disfrute de un permiso maternal. También se analiza, por último, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Tomás Aldeguer c. España* relativo a la denegación de una pensión de viudedad para un conviviente de hecho supérstite en una relación homosexual antecedente a la posibilidad de que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio de acuerdo a la legislación española de 2005 que incorpora esta posibilidad al ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: pensión de asistencia social y residencia, tiempo de espera de tres meses, permiso parental, concreción horaria de la reducción de jornada por atención de menores, pensión de viudedad, parejas de hecho del mismo sexo, aplicación analógica de soluciones jurisprudenciales.

Abstract: The most important judicial decisions on labor matters for the Spanish legal system of the International Court of Justice, the Committee on Freedom of Association, the Court of Justice of the European Union, and the European Court of Human Rights since 1 July are analyzed. 2016 as of December 31, 2016. In the context of the Court of Justice, the judgment in *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen v. Garcia-Nieto* on the compatibility of Community legislation facilitating the mobility of workers with the internal rules of the country of destination which does not grant social assistance benefits for the first three months after formalization of residence for migrant workers from another Member State. In the sentence *Estrella Rodríguez c. Consum SCV* raises the question whether it is possible to apply parental leave for a factual situation of reduction of working hours after maternity leave. The hourly reduction was granted without problems, but not the hourly choice in which was realized the reduction that the worker had requested. It was intended to apply directly a parental leave for this situation of reduction of the day from a maternal leave. Finally, the judgment of the European

Court of Human Rights Tomás Aldeguer v. Spain concerning the denial of a widow's pension for a de facto cohabiting survivor in a homosexual relationship antecedent to the possibility that persons of the same sex could contract marriage according to the Spanish legislation of 2005 that incorporates this possibility to the Spanish legal order.

Keywords: social assistance pension and residence, waiting time of three months, parental leave, maternal leave, hourly time reduction for child care, widow's pension, same-sex couples, analogical application of jurisprudential solutions.

Sumario: I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. Introducción. 2. Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. García-Nieto. Restricción temporal para la concesión de prestaciones sociales a trabajadores migrantes de otro estado miembro. 3. Estrella Rodríguez c. Consum SCV. Diferencia entre el permiso maternal y el parental. Concreción horaria de la reducción de jornada. II. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1. Introducción. 2. Tomás Aldeguer c. España. Pensión de viudedad y relación homosexual antecedente a la posibilidad de que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio.

I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. Introducción

La jurisprudencial analizada en esta crónica del TJUE ha sido extraída de la base de datos oficial del Tribunal (InfoCuria) en atención a los siguientes tesauros conceptuales: *Derechos fundamentales; Empleo; Libre circulación de los trabajadores; No discriminación, Política social, y Seguridad Social*. Se reseñan todos los asuntos que afectan a España en el período referenciado.

2. STJUE de 25 de febrero de 2016 [asunto: C-299/14] *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. García-Nieto*.

Petición de decisión prejudicial. Restricción temporal (los tres primeros meses tras al llegada a territorio de otro estado miembro) para el percibo de prestaciones de subsistencia (asistencia social) para ciudadanos migrantes que no desempeñen actividad retribuida ni sean demandantes de empleo.

Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953, y Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril, sobre la Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social.

1. La intimación de la decisión prejudicial surge en el curso de un litigio social referido sobre la negativa administrativa a conceder prestaciones de subsistencia previstas en la normativa alemana interna a un ciudadano de otro estado miembro que migra a territorio alemán. La cuestión queda circunscrita a una limitación temporal para el percibo de dicha prestación, solamente relacionada con los primeros tres meses tras el comienzo de la residencia legal en Alemania.

La señora García-Nieto tenía una relación de pareja estable con el señor Peña sin haberla registrado o protocolizado, y tenían un hijo en común. En la unidad familiar de convivencia se integraba además un hijo menor del otro conviviente de hecho. Todos los convivientes tenían nacionalidad española y residían en España.

En abril 2012 la Sra. García-Nieto se desplazó a Alemania con el hijo común que tenía con su pareja de hecho para buscar un empleo. Se empleó en junio de 2012 y cotizó a la Seguridad Social percibiendo regularmente un salario. En junio de ese mismo año el conviviente de hecho de la señora García-Nieto se reunió con ella en Alemania. Inscribieron a los dos hijos en el sistema escolar y percibieron prestaciones sociales por sus hijos.

En julio de 2012 la familia Peña-García presentó una solicitud para percibir las prestaciones de subsistencia previstas en el Libro II del Código de Seguridad Social alemán. Administrativamente se rechazó conceder las prestaciones solicitadas al Sr. Peña Cuevas y a su hijo respecto de los meses de agosto y septiembre de 2012, pero sí se concedieron a partir de octubre de 2012. La restricción de la solicitud se concreta, en definitiva, para los tres primeros meses tras el comienzo de la estancia legal en el país de destino, no para el resto de su estancia en el mismo.

La resolución denegatoria se apoya en dos motivos esencialmente. En primer lugar, en que en el momento de la solicitud el Sr. Peña Cuevas y su hijo llevaban residiendo menos de tres meses en Alemania. Y, en segundo lugar, en que el Sr. Peña no ostentaba la condición de trabajador, ni por cuenta ajena, ni por cuenta propia.

Impugnada esta resolución el Tribunal de Seguridad Social interno estimó el recurso interpuesto por la familia Peña-García y rechazó los motivos expuestos en la resolución administrativa denegatoria.

Dicha resolución fue impugnada ante el Tribunal Regional de Seguridad Social, y dadas las dudas que aprecia el Tribunal sobre la compatibilidad de la normativa alemana en cuestión con el derecho Comunitario plantea la cuestión prejudicial.

2. La cuestión jurídica radica en apreciar si el principio de no discriminación recogido en el artículo 4 del Reglamento 883/2004 es aplicable también a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en la legislación de Seguridad Social Alemana, a las prestaciones de asistencia social no vinculadas con la previa contribución del beneficiario al sistema público de Seguridad Social.

También se cuestiona el Tribunal, para el supuesto de que la decisión a la primera cuestión fuese afirmativa, es decir, para el supuesto de que efectivamente el principio de no discriminación estuviera plenamente vigente para las prestaciones de naturaleza no contributiva debatidas en la instancia, si la negativa a conceder dichas prestaciones durante los tres primeros meses de residencia cuando los ciudadanos de la Unión no ostenten la condición de trabajadores por cuenta ajena o propia vulnera el derecho a la libre circulación de ciudadanos y trabajadores.

3. La resolución del Tribunal parte de la base de que las prestaciones ahora debatidas no tienen relación alguna con la facilitación del acceso al mercado de trabajo, sino que tienen la plena consideración de prestaciones de asistencia social. No son prestaciones para cuyo mantenimiento se exija ser demandante legal de empleo, seguir un programa personalizado de búsqueda de empleo, o recibir algún tipo de formación singular y específica de capacitación profesional. Del mismo modo se aprecia que la posibilidad de solicitar dichas prestaciones requiere una situación de estancia previa determinada. Por eso, precisamente, se excluye del percibo de dicha prestación a aquellas personas que no disfrutaran del derecho de residencia, pues una interpretación en otro sentido, ampliatoria a cualquier situación factual, iría en contra de un objetivo de la normativa Comunitaria, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

Es indubitado que el Sr. Peña goza del derecho a residir legalmente en territorio Alemán (incluso durante ese período de tres meses previos de espera para poder recibir con posterioridad la prestación asistencial) sin estar sometido a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos. Pero ello no le habilita, por esta sola razón, a disfrutar, sin la acreditación de más circunstancias o exigencia de más requisitos, de una prestación de asistencia social de naturaleza no contributiva durante ese período inicial.

En esta materia funciona el principio de solvencia financiera de los sistemas de Seguridad Social que se concreta en que los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. La proyección de este principio al caso concreto permite que se deniegue prestaciones sociales de naturaleza asistencial, durante los tres primeros meses de residencia, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o trabajadores por cuenta propia, pudiéndose exigir, para la concesión o conservación de dicha prestación tras el período de espera de tres meses, que se conserve dicha condición durante todo el periodo de tiempo de

duración la prestación asistencial. Dicho principio es perfectamente conforme con el objetivo de preservar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social de los Estados miembros.

El problema jurídico radica en que, en realidad, esta limitación, y la potencialidad práctica de dicho principio, puede efectuarse y proyectarse en dos situaciones: cuando, en primer lugar, se disponga a adoptar una medida de expulsión, o bien cuando, en segundo lugar, se proponga declarar que dicha persona genera una carga excesiva para el sistema nacional de seguridad social a lo largo de su residencia.

Dicho examen, y la publicidad que se da de sus resultados genéricos en términos estadísticos y económicos, cumple además la función de permitir que todos los usuarios del sistema de Seguridad Social conozcan el funcionamiento y operatividad de la excepción, así como la de garantizar, a su vez, un alto grado de seguridad jurídica y de transparencia en el marco de la concesión de prestaciones de asistencia social. Aunque se reconoce, no obstante, que la carga concreta que representaría la concesión de una prestación en el conjunto del sistema nacional de asistencia social de que se trata en el asunto principal no puede considerarse de excesiva, pues difícilmente tiene dicha consideración la concesión de la ayuda a un solo solicitante.

4. En definitiva, el Tribunal entiende que no se opone al Reglamento 883/2004 la normativa interna alemana que excluye de la percepción de determinadas prestaciones especiales en metálico no contributivas a los nacionales de otros Estados miembros durante los tres primeros meses de residencia en territorio alemán.

3. STJUE de 16 de junio de 2016 [asunto: C-351/14] *Estrella Rodríguez c. Consum SCV*.

Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Permiso parental. Conciliación de la vida laboral y familiar. Reincorporación tras maternidad y reducción de jornada y adscripción al turno de mañana.

1. El procedimiento proviene del planteamiento en la instancia jurisdiccional interna de una cuestión prejudicial comunitaria relativa a la compatibilidad de la Directiva referida con la negativa de la empresa (Consum SCV) a conceder a la trabajadora de una cooperativa de trabajo asociado (Estrella Rodríguez) la concreción horaria de su jornada laboral reducida que solicitaba para poder conciliar vida familiar y laboral y atender al menor recién nacido.

2. La trabajadora tenía unas obligaciones laborales que la exigían el ejercicio de su actividad profesional de “cajera/reposición” de siete horas laborales continuadas en dos turnos rotatorios semanales: de 8:00 a 15:00 y de 15:00 a 22:00, más el trabajo de dos domingos alternos al mes: de 8:30 a 15:00.

Tras dar a luz en agosto de 2013 y disfrutar de su permiso de maternidad sin especiales particularidades solicitó la reducción de su jornada laboral a 30 horas semanales y, su vez, su adscripción al turno fijo de mañana con un horario de 9.00 a 15.00, de lunes a viernes. Son dos peticiones diferentes las que intima, de naturaleza u operatividad del todo distinta, y apoyadas en diferentes normas del Estatuto de los Trabajadores.

La empresa accedió a la petición de reducción de jornada, pero denegó la concreción horaria solicitada, alegando que de aceptar su petición en los términos solicitados se provocaría un exceso de personal en el turno de mañana. Contra dicha decisión empresarial la trabajadora impetró la correspondiente acción jurisdiccional. El juzgado correspondiente suspendió el procedimiento y propuso que las partes llegasen a un acuerdo sobre la concreción de la jornada, tal y como prevé que se haga, de acuerdo a lo que al efecto prevea el convenio colectivo que sea de aplicación, el Estatuto de los Trabajadores

en su art. 38.4 ET. Conciliación procesal que fracasó. Porque aunque la trabajadora remitió una nueva solicitud, basada en su derecho a conciliar vida familiar y profesional invocando la necesidad de adaptar su jornada laboral a los horarios de la guardería de su hijo, la empresa no se pronunció sobre la petición de concreción horaria que hizo la trabajadora, aunque accedió a la reducción horaria solicitada. Aunque no tiene especial transcendencia ulterior, ni adjetiva ni sustantiva, la empresa no envió la solicitud que realizó en vía interna en la empresa la trabajadora al Comité Social, tal como exige para estos casos el Reglamento de Régimen Interno de la empresa, que es el órgano que tiene competencias para informar este tipo de peticiones y solicitudes.

3. El problema jurídico en cuestión queda circunscrito a las discrepancias existentes con respecto a la concreción de la jornada reducida, pero no hay litigiosidad con respecto al volumen de jornada que se pretende reducir, que la empresa acepta sin especiales consideraciones.

El problema con respecto a dicha concreción horaria consiste en determinar si estamos en presencia de un permiso parental de los regulados en el Acuerdo marco Revisado (Directiva 2010/18), o, por el contrario, el derecho que ejerce la trabajadora se considera un permiso maternal que queda abrigado por la Directiva 92/95. El problema no es baladí, ni especulativo, sino de orden práctico sustantivo, pues dependiendo del tipo de normativa en la que se incruste el permiso así será su operatividad práctica, y la obligatoriedad empresarial a soportar la elección de horario reducido efectuada por la trabajadora.

El juzgado plantea dos tipos de problemas encadenados entre sí, mediante cuatro cuestiones prejudiciales muy concretas. El primer problema se resume en concretar si al socio-trabajador de una cooperativa de trabajo asociado le es aplicable el Acuerdo marco Revisado. La norma interna califica a dicha entidad como ‘*societaria*’, pero desde el punto de vista de la normativa comunitaria puede considerarse como una relación de trabajo de las disciplinadas mediante un ‘*contrato de trabajo*’. En definitiva, el Juzgado pregunta si entra dentro del campo subjetivo de aplicación del Acuerdo marco Revisado la relación jurídico productiva del socio-trabajador de una cooperativa de trabajo asociado.

La segunda gran cuestión prejudicial que plantea, la realmente trascendente y la que se analiza en la sentencia con detalle y profundidad, consiste en determinar si la cláusula 6ª del Acuerdo marco Revisado debe interpretarse en el sentido de que haga obligatorio para el estado miembro que la norma de transposición al ordenamiento jurídico interno exija de los empresarios la obligación de “*tomar en consideración*” y “*atender*” las peticiones de sus trabajadores de “*cambios en horarios y regímenes de trabajo*”, al reincorporarse después del permiso parental. Es decir, si dicho Acuerdo marco Revisado exige que la normativa de transposición interna considere obligado la propuesta de reducción horaria articulada por la trabajadora.

Para la resolución de una solicitud de este tipo en vía interna en la empresa, la regla jurídica aplicable debe tener en consideración, además, naturalmente del interés de la trabajadora, las propias necesidades empresariales, así como salvaguardar los intereses y derechos de los demás trabajadores de la empresa, pero, a su vez, dicha práctica no puede ser tan laxa que condicione la efectividad de tal derecho a una decisión discrecional del empresario.

Recuérdese que dicha cláusula 6ª del Acuerdo marco Revisado, titulada significativamente “*Reincorporación al trabajo*” dispone que “*Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar por que los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Las modalidades del presente apartado se determinarán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales*”.

El Tribunal advierte, y este punto es el esencial para conocer en toda su profundidad la solución que se le da al caso, que el Acuerdo marco Revisado, la cláusula sexta recién transcrita, se prevé para una situación de reincorporación “*del permiso parental*”, mientras que la situación factual que acontece en el pleito en el que se plantea la cuestión prejudicial que mediante esta sentencia se resuelve se relaciona con la reincorporación tras un permiso de maternidad. Es decir, de lo que se trata es de aclarar si el

permiso disfrutado por la trabajadora puede considerarse maternal o parental, porque dependiente del tipo de permiso que sea, de su naturaleza jurídica, se derivaran consecuencias diferentes, distintas, entre ellas, que dicha elección de la trabajadora sea vinculante para el empresario.

Para evitar una confusión irreparable en el futuro, el Tribunal de Justicia se dirige al Juzgado remitente de la cuestión para intimarle que aclare en qué medida la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas podía resultar de utilidad para la resolución del litigio principal.

El Tribunal español entendió que el permiso de maternidad disfrutado con arreglo al Estatuto de los Trabajadores puede configurarse jurídicamente como un permiso parental de los que se regulan el Acuerdo marco Revisado. Este es el caballo de batalla de la cuestión prejudicial, entender que el permiso de maternidad disfrutado por la trabajadora puede considerarse un permiso parental de los que regula el Acuerdo marco Revisado.

Sin embargo en el Derecho de la Unión existe una diferencia entre el concepto de '*permiso de maternidad*', en los términos en que se regula en la Directiva 92/85, y el de '*permiso parental*', que se regula en el Acuerdo marco revisado. Y este es el argumento central sobre el que pivota la argumentación del Tribunal para entender que la situación factual de la trabajadora no se encuadra entre los permisos parentales regulados en el Acuerdo marco Revisado, sino entre los permisos de maternidad de la Directiva 92/85.

El Tribunal repara que en el apartado 15 de las consideraciones generales de dicho Acuerdo se precisa expresamente que éste enuncia requisitos mínimos y disposiciones sobre el permiso parental '*distinto del permiso de maternidad*'. El permiso parental se concede a los padres para que pretendan ocuparse de su hijo de hasta ocho años de edad. Mientras que el permiso de maternidad asegura, de un lado, la protección de la condición biológica de la mujer, y, de otro, las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período subsiguiente al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que derivan del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones.

Dicho permiso, desde la óptica de la Directiva 92/85 garantiza un período de descanso maternal de cómo mínimo catorce semanas ininterrumpidas. Repara también, por si había dudas sobre la naturaleza jurídica del permiso de maternidad que el hecho de que una normativa interna (como acontece, verbigracia, con la nuestra) conceda a las mujeres un permiso de maternidad de duración superior a catorce semanas de contenido mínimo no implica considerar que estamos en presencia de un permiso parental. En definitiva, que la organización del permiso de maternidad por encima del contenido mínimo exigido en la normativa comunitaria no permite considerar que ese exceso proteccionista sea considerado permiso parental.

El Tribunal de Justicia repara en que ya ha tenido la ocasión de pronunciarse expresamente sobre la naturaleza jurídica del permiso laboral retribuido por maternidad previsto en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, afirmando, con contundencia, que no estamos en presencia de un '*permiso parental*' en los términos del Acuerdo marco Revisado (STJUE de 19 de septiembre de 2013 [asunto C-5/12] *Betriu Montull*).

En definitiva, que las previsiones del Acuerdo marco Revisado en relación con las situaciones de reincorporación al trabajo tras un '*permiso parental*', no puede interpretarse en el sentido de que incluya a una situación de reincorporación tras un '*permiso de maternidad*' de los regulados por la Directiva 92/85. Situación que es en la que se encuentra la demandante en el litigio principal cuando el juzgado formuló la cuestión prejudicial aquí ahora abordada.

4. A pesar de este importante óbice sustantivo (cuestión ya resuelta) y procesal (óbice de admisibilidad) el Tribunal de Justicia entra a analizar la cuestión planteada. Esencialmente porque puede entenderse, dado el tiempo transcurrido desde la reincorporación de la mujer tras el disfrute del permiso de maternidad y lo largo que está siendo el procedimiento, que estamos ya sí sin duda alguna en presencia de un permiso parental. Es decir, que la solicitud de la trabajadora de acomodación de su horario no se basa actualmente en la proyección horaria en su jornada reducida de un permiso maternal por haber dado a luz y reincorporarse a su puesto de trabajo, sino en virtud de un permiso parental, de los que se reconocen en el Acuerdo marco Revisado para el cuidado de la prole.

Pero es en este punto donde el Tribunal de Justicia se muestra categórico al afirmar que dicha hipótesis no es realista, pues la demandante en el litigio principal no se encuentra en modo alguno en la situación de ‘reincorporación’ al trabajo tras dicho permiso.

Aunque este sólo hecho pudiera dar lugar, ya de por sí, a la inadmisión de la cuestión, esencialmente porque corresponde al juez nacional la concreción precisa de las circunstancias de hecho que dan lugar a la cuestión prejudicial comunitaria, no lo es menos que el Tribunal también puede examinar las circunstancias en las que un juez nacional ha planteado la cuestión, con el objeto de verificar su propia competencia. Porque una petición presentada por un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ser rechazada en tres circunstancias. Cuando, en primer lugar, resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión que se solicita no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal. Cuando, en segundo lugar, el problema jurídico objeto de debate sea de naturaleza hipotética o meramente especulativa. O cuanto, en tercer lugar, el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones formuladas.

Ya se ha afirmado, y el Tribunal lo reitera vehementemente, que la situación jurídica objeto de la presente cuestión prejudicial no se incluye en el ámbito de aplicación de la cláusula 6, apartado 1, del Acuerdo marco Revisado, por lo que no queda claro cuál es la influencia que la resolución de la cuestión prejudicial planteada podría tener para la resolución de la cuestión jurídica interna. Por este solo dato podría inadmitirse la cuestión prejudicial planteada.

Sin embargo, y a pesar de todo ello, el Tribunal de Justicia ha mantenido que puede declararse competente para analizar disposiciones del Derecho de la Unión aun en situaciones, como las que aquí acontecen, en las que la normativa no es directamente aplicables, siempre que concurre un interés manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones de la Unión se interpreten homogéneamente. En definitiva, que queda justificado que el Tribunal de Justicia interprete disposiciones del Derecho de la Unión para situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de una norma cuando, en virtud del Derecho nacional, estas disposiciones Europeas hayan pasado a ser directa e incondicionalmente aplicables a tales situaciones internas por obra de la normativa propia, con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de esas situaciones y de las comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión.

5. Pero la mera afirmación por el Tribunal interno proponente de la cuestión de la aplicación para estas situación de la cláusula 6, apartado 1 del Acuerdo marco Revisado no es suficiente para entenderla aplicable, por lo que, aunque el Tribunal de justicia sí entra a analizar la proyección de la referida cláusula para el supuesto de hecho, el problema fundamental sigue siendo si efectivamente la eficacia de la cláusula puede proyectarse hacia la situación factual origen de este conflicto jurídico.

Y el Tribunal de Justicia no deja lugar a dudas de cuál es su posición, al afirman que la situación jurídica debatida en el pleito interno no es de a las que da cobertura la cláusula del Acuerdo marco Revisado, por lo que es inadmisibile la cuestión planteada en relación con las obligaciones de los estados a modificar la normativa interna para adaptarla a sus exigencias.

También entiende inadmisibile la pretensión de que se declare que dicho Acuerdo marco Revisado goza de eficacia directa horizontal, esencialmente porque es evidente que la cláusula 6, apartado 1, del Acuerdo marco revisado no se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, y ello impide, de suyo, proyectar dicha eficacia directa horizontal, pues la demandante en el litigio principal no se encuentra en una situación incluida en el ámbito de aplicación de esta disposición.

Por último afirma que la resolución de las otras dos primeras cuestiones prejudiciales, aquellas relacionadas con la consideración de trabajador a efectos de la aplicación para ellos del Acuerdo marco Revisado para los socio de cooperativas de trabajo asociado, carece de sentido y utilidad práctica, pues a no ser aplicable el Acuerdo marco Revisado para la situación factual en la que se encuentra la trabajadora demandante, no se aprecia en qué medida la respuesta a esas dos primeras cuestiones prejudiciales puede tener alguna influencia en la resolución del litigio principal.

En definitiva, y, en conclusión, se declaran inadmisibles las cuatro cuestión prejudiciales planteadas.

II. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. Introducción

La búsqueda de jurisprudencia del TEDH en los casos que afecten a España ha sido extraída del elenco de resoluciones traducidas por el Ministerio de Justicia.

2. Sentencia de 14 de junio de 2016. Asunto Tomás Aldeguer c. España (demanda núm.: 35214/09). Pensión de viudedad y relación homosexual antecedente a la posibilidad de que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio.

1. El demandante mantuvo con otro hombre una relación homosexual de convivencia estable y duradera desde 1990 hasta 2002, fecha en la que falleció su pareja. En 2003 solicitó a la Seguridad Social el reconocimiento de una pensión de viudedad, que le fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en atención a que no había contraído matrimonio con el causante. Se le denegaba la condición de cónyuge superviviente del finado, requisito imprescindible para lucrar una pensión de viudedad en el ordenamiento jurídico español.

La resolución administrativa se le comunica formalmente en junio de 2005, días antes de la entrada en vigor de la norma [Ley 13/2005, de 1 de julio] que *ex novo* posibilita, por primer vez en el ordenamiento jurídico español, el matrimonio entre personas del mismo sexo. En julio de 2005 se interpuso por el ahora demandante una reclamación previa contra la resolución denegatoria de la prestación. El INSS denegó dicha reclamación en agosto de 2005, señalando que no existía en el momento del hecho causante ningún precepto en la normativa de Seguridad Social que considerase viudo al conviviente de hecho de una pareja de ciudadanos del mismo sexo.

Interpuesta la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social competente según reparto, mediante sentencia de 14 de noviembre de 2005 consideró los argumentos del demandante y falló a su favor. Entendía que al conviviente de hecho de una pareja del mismo sexo podía aplicársele la solución jurídica que se aplicó en 1981 a los convivientes de una pareja heterosexual que no podían haber podido contraer matrimonio por impedírsele algún circunstancia personal.

El Juzgado parte de la base de que tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005 los cónyuges de matrimonios homosexuales tienen pleno derecho a devengar una pensión de viudedad, en pie de igualdad con los cónyuges supervivientes de matrimonios heterosexuales, y de que el propósito de la norma es que, tras su entrada en vigor, cualquier norma del ordenamiento jurídico que se refiera a matrimonio debe incluir también, y sin ningún tipo de discriminación, al contraído entre personas del mismo sexo.

Desde un punto de vista más técnico acude a lo dispuesto en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. En dicha norma se reconocía el derecho a obtener una pensión de viudedad a quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, como una pareja de hecho con convivencia estable, y que uno de ellos hubiera fallecido con anterioridad a la entrada en vigor de la referida Ley 30/1981.

El juzgador entiende que la situación que debe juzgar ahora en 2005 es comparable con la prevista normativamente para 1981. Así, subraya que el actor no pudo contraer matrimonio con su pareja por impedirlo la legislación vigente, que el actor convivió maritalmente con su pareja hasta su fallecimiento, y que éste se produjo antes de la entrada en vigor de la ley 13/2005. Es decir, entiende que se dan las tres circunstancias, las tres condiciones, que imponía la normativa de 1981 para conceder pensión de viudedad a convivientes de hecho heterosexuales.

Porque tratar de forma diferente a ambos grupos de personas (pareja heterosexual *versus* pareja homosexual) no responde a la amplia voluntad igualitarista demostrada por el legislador al aprobar la Ley 13/2005 y que, por tanto, la disposición adicional décima, en su regla segunda, de la Ley 30/1981 era perfectamente aplicable al demandante por aplicación de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005.

Su argumentación parte de las siguientes premisas: “*la DA 1ª de la ley 13/2005 indica que las disposiciones que contengan referencias al matrimonio se aplicarán con independencia del sexo de sus integrantes...*” y una de las premisas “*actualmente vigente para la regulación del acceso a la prestación de viudedad, es la DA 10ª.2º de la ley 30/81...*” la “*única manera de aplicarla en adecuada correspondencia con la voluntad igualitarista del legislador, es hacerlo con independencia de la orientación sexual de los integrantes de la pareja de hecho...*”, por lo que para “*conseguir que la orientación sexual no constituya un elemento de discriminación al momento de aplicar la DA 10ª.2 de la ley 30/81, el derecho que allí se reconoce hoy debe traducirse para resolver supuestos de hecho como el enjuiciado en el que el obstáculo para acceder a la prestación de viudedad no es otro que dicha orientación sexual*” del demandante.

2. Interpuesto el correspondiente recurso de suplicación el Tribunal Superior de Justicia revocó la sentencia de primera instancia. Entiende, básicamente, que la intención del legislador no era que la Ley 13/2005 amparase las uniones homosexuales que finalizasen a causa del fallecimiento de uno de sus miembros antes su entrada en vigor, sino, más sencillamente, instaurar, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de que personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio. Subraya, además, que la norma no contenía disposiciones legales que permitieran retrotraer sus disposiciones a situaciones antecedentes a su entrada en vigor.

De manera particularmente detallista precisa que la legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley 13/2005 no podía considerarse inconstitucional, esencialmente por dos razones. En primer lugar, porque la heterosexualidad a efectos del matrimonio era una circunstancia plenamente constitucional, y, en segundo lugar, porque lo que el legislador había querido era, esencialmente, innovar el ordenamiento jurídico, aprobando una ley que dé respuesta a una realidad social, otorgando a los homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio en idénticas condiciones que a los heterosexuales. Precisa, además, que la norma no ha querido proteger las consecuencias jurídicas que se derivarían de uniones homosexuales extinguidas antes de la promulgación de la misma.

La Ley 13/2005 no contempla, en definitiva, previsión alguna que afecte a situaciones entre parejas homosexuales ya extinguidas en el momento de su entrada en vigor. De manera singular se detiene en analizar si la situación creada por la norma puede parangonarse con lo que aconteció con la entrada en vigor de la ley del divorcio de 1981. Entiende, en contra del parecer del Juez de lo Social de instancia, que la disposición de la Ley 30/1981 no era aplicable al caso. Porque, de un lado, era una regla jurídica provisional en sí misma, de naturaleza transitoria, y, de otro, porque estaba específicamente prevista para aquellos casos singulares en los que uno de los miembros había fallecido antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981¹. Pero en ningún caso estaba pensada para regular situaciones futuras, sólo contenía previsiones jurídicas hacia el pasado.

Por otro lado reconoce que la situación factual que regula la norma de 1981 es totalmente distinta a la sometida actualmente a su jurisdicción. Dicha norma pretendía garantizar una pensión de viudedad a aquellos heterosexuales a quienes se les hubiera impedido casarse porque el divorcio no era legal en el momento del fallecimiento de esta última. Pero en su condición de heterosexuales tenían pleno acceso al matrimonio, circunstancia que no concurre con las parejas homosexuales, que tenían prohibido contraer matrimonio hasta la Ley 13/2005.

La resolución fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, pero el recurso se declaró inadmisibile por falta de materia casacional, al no aportar sentencia de contraste que permitiese la labor unificadora característica del Tribunal Supremo.

¹ Recuérdese que dicha Disposición establecía expresamente: “*Segunda. Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente*”.

Tercera. “*El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quién sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio...*”.

También se impetró un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero el Tribunal inadmitió el recurso al entender que el demandante no había justificado convenientemente la especial trascendencia constitucional del asunto.

3. El Tribunal Europeo comienza recordando que en vía interna el ATC 222/1994, de 11 de julio ya inadmitió un recurso de amparo solicitando que se reconociesen los efectos equivalentes al matrimonio por la convivencia *more uxorio* de dos homosexuales, a efectos de la pensión de viudedad. Preciso dicho Auto que “*al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1 de la Constitución)*”. Precisa, además, que no es inconstitucional que el legislador establezca un trato diferencial y más favorable al matrimonio entre personas de distinto sexo que a las uniones estables, sea o no del mismo sexo.

Después de repasar varios pronunciamientos del TC resume su parecer entendiendo que la elección del legislador de 2005 instituyendo el matrimonio entre personas del mismo sexo y concediéndoles, por tanto, eficacia civil en todos los ámbitos de la vida social no era una consecuencia obligada por la Constitución, como tampoco lo fue la concesión más tarde, por obra de la Ley 20/2007, de pensiones de viudedad a parejas de hecho, con independencia de su orientación sexual.

A ojos del TC la exclusión de las parejas homosexuales del esquema de seguridad social con respecto a la pensión de viudedad no incumplía mandato constitucional alguno. Entra dentro de lleno en la potestad legislativa la ampliación de dicho derecho a la pensión a sujetos no incluidos en los beneficiarios tradicionales. Se trata de una elección del legislador, y la situación existente con anterioridad no podía, por sí misma, considerarse incompatible con el principio de igualdad.

El Tribunal Supremo también ha abordado, en su sentencia de 29 de abril de 2009, la problemática del devengo de una pensión de viudedad para parejas homosexuales en las que uno de sus miembros falleció antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005. Entendió, esencialmente, que la ley no concedía eficacia retroactiva alguna a situaciones factuales anteriores a la entrada en vigor de la norma. Y tampoco puede aplicarse una solución analógica con lo previsto en la disposición adicional 10 segunda de la Ley 30/1981, pues aquella norma solamente se refería a parejas de hecho heterosexuales que no pudieron contraer matrimonio porque la institución del divorcio no existía en nuestro ordenamiento hasta 1981. Aprecia, en definitiva, que la situación de las parejas homosexuales antes de 2005 era totalmente diferente, porque el matrimonio homosexual nunca se reguló con anterioridad y no existe un derecho constitucional al matrimonio homosexual. De lo que se trata no es que la Ley 13/2005 se promulgara para evitar o eliminar algún tipo de discriminación inconstitucional preexistente, sino, más sencillamente, para innovar el ordenamiento jurídico, regulando un nuevo tipo de matrimonio que carecía de precedente legislativo en nuestro ordenamiento jurídico.

El posicionamiento del TS no fue unánime, cinco magistrados formularon un voto particular discrepante al entender que la referida disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981 debería aplicarse por analogía a las parejas homosexuales a quienes se les impidió casarse antes de 2005.

4. El TEDH repasa las recomendaciones del Consejo de Europa núm. 924 [1981] sobre discriminación contra los homosexuales; núm. 1470 (2000) sobre una situación más concreta en relación con gays y lesbianas y sus parejas respecto al asilo y la inmigración en los Estados miembros del Consejo de Europa; núm. 1474 (2000) sobre la situación de gays y lesbianas en Estados miembros del Consejo de Europa, y la Resolución núm. 1728 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 29 de abril de 2010, titulada “*Sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género*”.

De todas ellas se deducen varios principios tendenciales en la materia. En primer lugar, que la normativa internacional en la materia propugna una igualdad de derechos y obligaciones en relación con las parejas heterosexuales. En segundo lugar, que dicha normativa internacional vela por la adopción de medidas legislativas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, con el propósito de garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales. Y, en tercer lugar, que se propugna una concienciación de los Estados

miembros para contemplar la posibilidad de proporcionar a las parejas del mismo sexo medios legales, o de otro tipo, con los que abordar los problemas prácticos relacionados con la realidad social en la que viven sin discriminación alguna.

5. También resume la ‘jurisprudencia’ del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, esencialmente dos casos. El asunto *Young v. Australia*, Comunicación núm. 941/2000 de 6 de agosto de 2003, y asunto *X. v. Colombia*, comunicación núm. 1361/2005 del 30 de marzo de 2007. En ambos se subrayan de manera vehemente dos principios operativos en esta materia: la prohibición general de la discriminación basada en la orientación sexual de las personas, y la no obligación (por parte de los Estados) de conceder prestaciones patrimoniales para las parejas del mismo sexo análogas a las concedidas para personas casadas o emparejadas de diferente sexo, esencialmente porque dicha protección singular para las uniones heterosexuales se hace jurídicamente sin perjudicar a otro tipo de uniones personales. En definitiva, se entiende, en principio, razonable y acorde a los textos de Naciones Unidas la negativa del estado a denegar una pensión pecuniaria a parejas del mismo sexo si sus normas internas únicamente conceden este tipo de prestaciones para uniones maritales de hecho heterosexuales.

Pero el tribunal recuerda, no obstante lo afirmado, que la discriminación basada (directamente o indirectamente) en la orientación sexual se considera proscrita, y que el Comité ha considerado que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas, heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban.

Aprecia, no obstante, que mientras para las parejas heterosexuales la opción para contraer matrimonio o no contraerlo forma parte de su ámbito de elección íntimo y personal, las parejas del mismo sexo tienen vedado el acceso al matrimonio. Y en este contexto cualquier discriminación para el acceso a prestaciones pecuniarias entre parejas no casadas debe tener alguna fuente de justificación no basada en argumentos relacionados con la discriminación basada en el sexo.

6. El Tribunal también repasa la protección que dispensa el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, trayendo a colación dos asuntos: el culminado por sentencia de 24 de febrero de 2012 (Serie C, núm. 239), asunto *Atala Riffo e hijas v. Chile*, y el terminado por sentencia de 26 de febrero de 2016 (Serie C, núm. 310), asunto *Duque v. Colombia*.

En el primero de ellos (*Atala Riffo e hijas v. Chile*) el tribunal entiende que decisión de los tribunales chilenos de retirar la custodia de sus tres hijas a una madre lesbiana constituye un trato discriminatorio sustentado únicamente en base a su orientación sexual, vulnerando varios derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El problema en este caso radicaba en la interpretación que debe dársele al concepto jurídico de familia “*normal y tradicional*” en el que se apoyaba el estado chileno para retirarle la custodia. El Tribunal entiende que la Convención Americana no tutela o protege un “*concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma*”, esencialmente porque el “*concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio*”.

El segundo asunto (*Duque v. Colombia*) versaba sobre la denegación de una pensión de viudedad en base a su orientación sexual. El Tribunal consideró que la exclusión de las parejas homosexuales del derecho a una pensión de viudedad con arreglo a la legislación colombiana aplicable en el momento de los hechos fue discriminatoria por motivos de orientación sexual. Entiende, en esencia, que la distinción que se efectuaba para el percibo de la pensión entre situaciones estándar o más usuales (parejas de distinto sexo) y otras menos comunes (parejas del mismo sexo) no era ni objetiva ni razonable, porque la legítima tutela familiar que está en la base de la protección social no puede restringir los derechos de los ciudadanos.

7. La cuestión jurídica de fondo debatida se circunscribe, en definitiva, a analizar si existe una discriminación motivada por la orientación sexual del demandante en las decisiones administrativa y judicial de denegarle una pensión de viudedad como conviviente de hecho del finado.

Entiende el demandante que el diferente trato que se dispensa a su situación en relación a la que acontece para convivientes de hecho de diferente sexo vulnera el principio básico de no discriminación.

Precisa, más concretamente, que el ordenamiento español ya conoció asuntos jurídicos en los que se concedía una pensión de viudedad a parejas solteras heterosexuales que no podían contraer matrimonio. Y esta es la solución que reclama para sí. Pretende, por decirlo gráficamente, la aplicación, mediante una argumentación similar a la analógica, de la solución concebida en 1981 con la promulgación de la ley del divorcio para su situación actual: conceder pensión de viudedad a convivientes de hecho que tenían vedado el acceso a la pensión de viudedad por impedirles la legislación interna contraer matrimonio, requisito necesario para devengar la referida pensión. El problema se ciñe, en definitiva, a comparar ambas situaciones jurídicas y deducir si la solución ideada por el ordenamiento en 1981 (para convivientes heterosexuales) puede ser aplicable en 2005 (para convivientes del mismo sexo).

8. Después de resumir los argumentos de las partes y analizar (con prolijo detalle) la admisibilidad de la demanda, el Tribunal confirma que el Convenio no garantiza el derecho a beneficiarse de un régimen concreto de seguridad social, ni el derecho a la concesión de una determinada pensión de viudedad, porque en estos asuntos los Estados cuentan con un amplio margen de organización y desarrollo, al tratarse de medidas de contenido económico estrechamente vinculadas con los recursos financieros del propio Estado.

9. Como pórtico de su argumentación el Tribunal pone mucho interés en subrayar, sin ambages, que las circunstancias de hecho concurrentes (unión homosexual estable) entra de lleno en el concepto de “*vida familiar*” desde la perspectiva del Convenio. Es decir, que a efectos del convenio y la interpretación del concepto jurídico de “*vida familiar*” la condición y orientación sexual de los miembros de la familia, de sus componentes, no deben tenerse en consideración. Ya sólo por esta sola afirmación la sentencia debe ser reseñada y tenida en consideración.

Pero el Tribunal, una vez afirmada esta premisa del razonamiento con rotundidad, no entiende que las situaciones que se comparan sean esencialmente idénticas, y, por tanto, no puede proyectarse sobre ellas el principio general de no discriminación. Porque para que se suscite una controversia en base al principio de no discriminación debe existir una diferencia de trato para situaciones esencialmente análogas, porque la diferencia de trato sólo es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable.

Precisa, a modo de advertencia para el lector y los intérpretes de la sentencia, que las diferencias de trato que los estados dispensan a sus ciudadanos basadas en su orientación sexual deben revestirse de “*razones particularmente convincentes y onerosas*” para justificarlas, porque aquellas diferencias que se argumentan únicamente en la orientación sexual son inaceptables con arreglo al Convenio. Constituye una advertencia al intérprete de cara al futuro, de cara a nuevas resoluciones que tengan que valorar y tener en consideración discriminaciones basadas en la orientación sexual, dato más que interesante para elaborar un cuerpo doctrinal propio en la materia.

Existe, en definitiva, materia para analizar si se ha producido una discriminación proscrita por el Convenio, pero para llegar a una solución afirmativa los términos en comparación tienen que guardar una similitud significativa entre sí, y es en este punto donde el Tribunal entiende que los supuestos de hecho comparados no son equiparables.

Es cierto que la finalidad de la Ley 13/2005 era suprimir la distinción existente entre las parejas homosexuales y heterosexuales en relación con el derecho a contraer matrimonio. Pero dicho propósito legislativo no tenía, en ningún caso, efectos retroactivos, y es este el punto que diferencia claramente ambas situaciones. Si el legislador hubiera querido que la norma tuviese efectos retroactivos, lo hubiera indicado expresamente, como por otra parte sí lo hizo la norma de 1981 que instituyó la figura del divorcio en el ordenamiento jurídico español.

Lo pretendido por el demandante era que el Tribunal aplicase retroactivamente la normativa promulgada en 2005 que permitía que personas del mismo sexo pudieran casarse, y entienden, particularmente, que al no aplicar retroactivamente la norma de 2005 a situaciones precedentes provocaba un trato discriminatorio, en relación con la solución observada en 1981, basado única y exclusivamente en la orientación sexual de los sujetos afectados.

10. El Tribunal, sin embargo, hace suyas las argumentaciones del Gobierno y aprecia que no hay similitud entre las situaciones comparadas. Porque antes de la entrada en vigor de la norma de 2005

las parejas homosexuales no podían casarse en absoluto, pero antes de la entrada en vigor de la ley del divorcio de 1981 las parejas heterosexuales sí podían contraer matrimonio, *“pero no podían ejercer ese derecho ya que el divorcio era ilegal”*. Es cierto que las situaciones, como reconoce expresamente el Tribunal, guardan *“ciertas similitudes”* en abstracto. En las dos situaciones existe un obstáculo legal, en uno la ilegalidad del divorcio, en otro la imposibilidad de que parejas del mismo sexo contraigan matrimonio. Y en las demás circunstancias factuales las situaciones son idénticas: hay convivencia estable en pareja, y se les impide beneficiarse de los efectos legales inherentes a la condición matrimonial.

Pero el Tribunal considera que estos elementos aislados no son suficientes para situar al demandante en 2005 en una posición idéntica a la de un miembro superviviente de una pareja heterosexual a quien la legislación le impedía casarse porque el divorcio hasta ese momento era ilegal. La clave el arco es el diferente tratamiento legislativo que se le otorga a las situaciones antecedentes a la entrada en vigor de la norma mediante las disposiciones adicionales de ambas normas. Así, la de la ley del divorcio en 1981 sí previó conceder una solución provisional y extraordinaria a aquellas parejas a las que se les impidió contraer matrimonio, permitiéndose el acceso a la pensión de viudedad a convivientes supérstites en determinadas condiciones, en el contexto de una situación *“en la que la obtención del derecho a una pensión por trabajo remunerado no estaba distribuida equitativamente entre ambos sexos, ya que las mujeres estaban laboralmente infrarepresentadas”*.

Además el impedimento legal para contraer matrimonio era de diferente naturaleza y funcionaba con una operatividad práctica del todo distinta. En el caso del demandante, la imposibilidad para contraer matrimonio con su pareja era debido a la que la legislación en vigor en el momento pertinente no permitía el matrimonio homosexual. Dicha imposibilidad no era considerada inconstitucional por parte de los tribunales internos.

Por lo que respecta a las parejas heterosexuales que no podían casarse antes de la legalización del divorcio en 1981, el impedimento se basaba en el hecho de que uno o ambos miembros estaban casados con otra persona de la que no podían divorciarse. La imposibilidad para contraer matrimonio se debía únicamente al hecho de que el divorcio era ilegal. El impedimento no era que no pudiera casarse entre sí los miembros de la pareja de hecho, sino de que no podía divorciarse. En realidad lo que se impedía es que uno de los miembros volviera a casarse. Aunque el Tribunal no explota el argumento de la religiosidad del único tipo de matrimonio legal en aquel momento y su contradicción con un texto constitucional que reclama, al menos formalmente, la no injerencia del Estado en los asuntos religiosos, bien hubiera podido transitarse por ahí, en el entendido sentido de que otra dificultad para contraer matrimonio entre personas de distinto sexo hubiera podido ser que el único modo (religioso) posible hasta ese momento era contrario a su parecer personal.

11. El Tribunal entiende, en definitiva, que la situación fáctica y legal resuelta por la legislación de 1981 no puede parangonarse con la posición de una pareja homosexual que no podía contraer matrimonio. Es la naturaleza jurídica de la imposibilidad legal de casarse lo que hace diferentes ambas situaciones, en un caso, en 1981, la imposibilidad de divorciarse, en el caso ahora debatido, la imposibilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio.

Entiende el Tribunal que el hecho de que la legislación interna conceda pensión de viudedad a parejas homosexuales en 2005 al permitirles contraer matrimonio y a heterosexuales en determinadas condiciones en 2007 no influye en la solución que debe dársele a este caso. En ningún caso la aprobación de las normas que permiten (indirectamente) estas pensiones puede considerarse como el reconocimiento (implícito) de que la falta de reconocimiento del matrimonio homosexual era, en el momento pertinente, incompatible con la normativa europea. Porque, como reiteradamente ha afirmado en otros asuntos antecedentes, los Estados disfrutaban de un amplio margen de discrecionalidad respecto al momento de introducir cambios legislativos en el ámbito del reconocimiento jurídico de parejas del mismo sexo.

En definitiva, y en conclusión, el legislador no puede ser censurado, con arreglo a los términos de la normativa europea, por no haber aprobado antes la legislación que hubiera permitido al demandante obtener el derecho a una pensión de viudedad. Se entiende, por tanto, que el demandante no se encuentra en una situación análoga a aquella del miembro superviviente de una pareja heterosexual que no podía volver casarse por impedírselo la normativa vigente.