

Parejas de hecho y pensión de viudedad española en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Unmarried couples and Spanish widow's/widower's pension in the case law of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0001-9780-7860

Recibido: 14.03.2024 / Aceptado: 02.05.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8981

Resumen: La pensión de viudedad en la legislación española tiene una larga tradición histórica pero su reconocimiento estaba reservado exclusivamente para uniones matrimoniales heterosexuales. Los cambios sociales experimentados en las últimas décadas, la regulación del matrimonio homosexual y la crisis del modelo tradicional de familia culminaron en la ley 40/2007 que reconoció el derecho a pensión de viudedad para parejas de hecho homosexuales y heterosexuales. No obstante, al no existir aún una plena equiparación entre pareja de hecho y matrimonio, ello ha provocado interesantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la legislación española que son objeto de análisis en este artículo.

Palabras clave: Parejas de hecho, pensión de viudedad, derecho de propiedad.

Abstract: The widow's pension in Spanish legislation has a long historical tradition but its recognition had been reserved exclusively for heterosexual marital unions. The social changes experienced in recent decades, the regulation of same-sex marriage and the crisis of the traditional family model culminated in Law 40/2007, which recognized the right to a widow's pension for same-sex and heterosexual unmarried couples. However, as there is still no full equality between domestic partnership and marriage, this has led to interesting pronouncements by the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights on Spanish legislation, which are the subject of analysis in this article.

Keywords: Unmarried couples, widow's pension, property rights.

Sumario: I. Parejas de hecho y pensión de viudedad: evolución de la jurisprudencia y la legislación española. II. Uniones de personas del mismo o distinto sexo y el Derecho de la Unión Europea. III. Pensión de viudedad española y parejas de hecho: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2021. IV. Parejas de hecho, pensión de viudedad, derecho de propiedad y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1. Muñoz Díaz contra España. 2. Domenech Aradilla y Rodríguez González contra España. 3. Valverde Digón contra España. V. Conclusiones.

I. Parejas de hecho y pensión de viudedad: evolución de la jurisprudencia y la legislación española

1. La pensión de viudedad en España se configura legalmente como una prestación vitalicia de Seguridad Social en su modalidad contributiva. Su finalidad es afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de la contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad.

2. La exigencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la prestación de viudedad establecida dentro del sistema de la Seguridad Social no infringe el artículo 14 de la Constitución española, “ya que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes”, si bien “el legislador puede organizar la pensión de viudedad, dentro de su amplia libertad de decisión y configuración del sistema público de Seguridad Social, extendiendo en su caso dicha prestación a las uniones de hecho (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre -ECLI:ES:TC:1990:184- y 66/1994, de 28 de febrero -ECLI:ES:TC:1994:66-, entre otras).

3. Aunque el reconocimiento de una pensión vitalicia al cónyuge superviviente tiene una larga tradición histórica en el Derecho español¹, respecto a las parejas de hecho estamos ante una conquista social y jurídica reciente. El primer hito en este arduo camino lo constituyó la ley 30/1981, que reguló el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio. Su Disposición Adicional Décima, segundo párrafo, reconoció derecho a pensión de viudedad provisionalmente a “*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*”. Conviene precisar que tal previsión solo era aplicable a las parejas heterosexuales ya que el matrimonio homosexual no fue regulado en España hasta la ley 13/2005, de 1 de julio.

4. Habría que esperar a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre -que tuvo su origen en un Acuerdo tripartito alcanzado por el Gobierno con los interlocutores sociales- para que se reformara el artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS) 1/1994 que incorpora la siguiente definición de pareja de hecho a efectos de Seguridad Social: “*la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años*”. Asimismo, se exigía la dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. De los requisitos expuestos se infiere que reconocer el derecho a pensión de viudedad a las parejas de hecho no implica que exista “plena equiparación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad entre los matrimonios y las parejas de hecho” (STC 41/2013, de 14 febrero -ECLI:ES:TC:2013:41-).

5. Como señala la exposición de motivos de la Ley 40/2007, la ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hacía imprescindible delimitar, si bien exclusivamente a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles identificativos de dicha situación. Puesto que la pensión de viudedad no se instauró para todas las parejas de hecho sino únicamente en favor de aquellas parejas en la forma legalmente establecida, esto originó gran controversia porque la Ley 40/2007 estableció en el artículo 174.3, apartado quinto, del TRLGSS 1/1994 que “*en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio...la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica*”.

¹ C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Inés (Gómez) de Paz -deuda de Hernán Cortés- primera pensionista de viudedad de la Nueva Galicia de la Nueva España en 1577”, *E-Revista Internacional de la Protección Social* nº 2/2019, pp.4-8.

6. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo planteó una cuestión de inconstitucionalidad al entender que el citado párrafo quinto del art. 174.3 TRLGSS podía vulnerar el principio de igualdad ante la ley previsto en el artículo 14 de la Constitución: parejas de hecho en idéntica situación fáctica podrían ver reconocido o denegado su derecho a la pensión de viudedad en función únicamente de la Comunidad autónoma en que tuvieran su residencia o vecindad, y más en concreto, en función de si dicha Comunidad cuenta o no con Derecho civil propio-

7. El precepto cuestionado fue declarado inconstitucional por la STC 40/2014, de 11 de marzo (ECLI:ES:TC:2014:40), debido a que introducía un factor de diversidad basado en la residencia, generando con ello una desigualdad de trato jurídico de la pensión de viudedad contrario a los artículos 14 y 149.1.17 de la Constitución. En el mismo sentido se pronunciaron las SSTC 51/2014, de 7 abril (ECLI:ES:TC:2014:5) y 60/2014, de 5 mayo (ECLI:ES:TC:2014:60).

8. Pero ni el Tribunal Constitucional, ni la legislación adoptada con posterioridad, tuvieron en cuenta la situación específica de aquellas personas que habían solicitado la pensión antes de la STC 40/2014, que procedió a uniformar el régimen jurídico aplicable en todo el territorio español.

9. A mayor abundamiento, actualmente, los requisitos para acreditar la existencia de pareja de hecho son interpretados de idéntica forma, ya sea de aplicación el TRLGSS o la normativa de Clases Pasivas. En este sentido, la STS de 24 de marzo 2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo (ECLI:ES:TS:2022:1290) -analizando el artículo 38.4 del Real Decreto Legislativo 670/1987- aun partiendo de la premisa de que “no existe la exigencia legal que obligue a un orden jurisdiccional a seguir la jurisprudencia de otro orden jurisdiccional distinto”- resolvió que “la prueba de la existencia de una pareja de hecho solamente puede acreditarse a los efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad mediante la inscripción en un registro específico autonómico o municipal del lugar de residencia o mediante un documento público y que ambos deben ser anteriores, al menos, en dos años al fallecimiento del causante”. Es decir, aplica los mismos criterios que la jurisprudencia del orden social.

10. En relación con la Ley 40/2007 hay que señalar que también fue declarada inconstitucional su Disposición Adicional Tercera, que estableció con carácter excepcional la posibilidad de solicitar la pensión de viudedad cuando el hecho causante se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de la citada ley siempre que, además de los requisitos generales de alta y cotización concurrieran otros requisitos y, entre ellos, que “*el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes*”. Esta exigencia, aparentemente neutral, fue declarada inconstitucional por la STC 41/2013, de 14 de febrero -ECLI:ES:TC:2013:41- “al impedir injustificadamente a determinados supérstites de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes”.

11. Actualmente, la regulación de la pensión de viudedad para parejas de hecho se encuentra contenida en el artículo 221.2 del TRLGSS 8/2015, subsistiendo diferencias en cuanto a los requisitos para el reconocimiento de la pensión en función del estado civil del sujeto causante.

12. Un ejemplo de lo anterior es que, respecto a las uniones de hecho incluso aunque hubiera habido violencia de género, se exigía el cumplimiento del mantener la convivencia, lo que no se exigía en los casos de separación o divorcio. La STS de 14 de octubre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3486) resolvió -en base a una interpretación con perspectiva de género-, que conforme al artículo 221 TRLGSS 8/2015 “si cumple todos los demás requisitos, la mujer que, por razón de violencia de género, no estaba ya unida ni convivía con el causante en el momento de su fallecimiento, tiene derecho a la pensión de viudedad de parejas de hecho”.

II. Uniones de personas del mismo o distinto sexo y el Derecho de la Unión Europea

13. Igual que ha evolucionado la sociedad española y europea ante la realidad de las uniones de personas del mismo sexo o distinto sexo, también lo ha hecho la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo:

14. En una primera fase, a la que corresponde la sentencia Grant², el Tribunal de sostuvo que puesto que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que se refiere únicamente al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente...en el estado actual del Derecho comunitario, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo”. En esta sentencia se viene a reconocer, implícitamente, que la definición del matrimonio es una cuestión de Derecho de familia que compete a los Estados miembros.

15. En la misma línea se pronunció en el asunto D y Suecia/Consejo³, planteado como consecuencia de la negativa del Consejo a reconocer el estado de casado a un funcionario de las Comunidades Europeas, miembro de una pareja inscrita como tal en el pertinente registro de su país de origen. El Tribunal desestimó el recurso, negado la existencia de discriminación alguna, y ello, entre otros motivos, en base a que “el término matrimonio, según la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo...y la situación existente en los Estados miembros de la Comunidad en cuanto al reconocimiento de las relaciones de pareja entre personas del mismo o distinto sexo está caracterizada por una gran variedad de legislaciones y por una falta general de equiparación entre el matrimonio, por una parte, y las demás formas de unión legal, por otra”. Pese al fallo adverso, la Comisión Europea dio instrucciones para que los matrimonios de funcionarios casados con arreglo al Código Civil neerlandés disfrutaran de las mismas condiciones que cualquier otro matrimonio reconocido en los Estados miembros”⁴.

16. Una segunda etapa se inicia con el asunto K.B⁵, que trae causa de la negativa de las autoridades británicas a reconocer la condición de cónyuge supérstite a la pareja transexual de una trabajadora. Y ello debido a que ninguna disposición jurídica del Reino Unido reconocía la condición de cónyuge a falta de matrimonio legal y, de otra parte, porque en un supuesto como el del litigio estaba vedado contraer matrimonio ya que la normativa británica ni permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo, ni tampoco autorizaba el cambio legal de identidad sexual cuando una persona se ha sometido a una operación de cambio de sexo. En el citado asunto, Tribunal de Luxemburgo tomó como referencia la más reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el alcance del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶ y llega a la conclusión de que “el artículo 141 del Tratado CE se opone, en principio, a una legislación contraria al CEDH que impide que una pareja como K.B. y R. cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro”.

17. El caso Maruko⁷ versó sobre la negativa a reconocer una pensión de supervivencia a la pareja estable de un afiliado al régimen de previsión profesional tras el fallecimiento del sujeto causante.

² STJCE de 17 de febrero de 1998, -249/96, (Grant), ECLI:EU:C:1998:63. El litigio se suscitó respecto a una normativa empresarial que contemplaba una disminución del precio del transporte a favor del cónyuge del trabajador o de la persona del otro sexo con la que convivía maritalmente.

³ STJCE de 31 de mayo de 2001, - 122/99 y 125/99, (D y Suecia/Consejo), ECLI:EU:C:2001:304.

⁴ C.GONZÁLEZ BEILFUS, *Parejas de Hecho y Matrimonios del Mismo Sexo en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004; p.73.

⁵ STJCE de 7 de enero de 2004, -117/01, (K.B.), ECLI:EU:C:2004:7.

⁶ SSTEDH de 11 de julio de 2002, (Goodwin/Reino Unido e I/ Reino Unido), TEDH 1996/21.

⁷ STCE de 1 de abril de 2008, -267/06, (Maruko), ECLI:EU:C:2008:179.

El TJUE partió de la premisa de que, si bien el estado civil y las prestaciones que de él dependen son materias comprendidas dentro de la competencia de los Estados miembros, y que el Derecho comunitario no restringe, se ha de recordar, sin embargo, que, en el ejercicio de dicha competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario, en especial las disposiciones relativas al principio de no discriminación. El TJUE falló que “el artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia”.

18 Interesante resulta también la sentencia de 26 de junio de 2018⁸ que analiza un supuesto de hecho menos frecuente: las consecuencias -a efectos del derecho a pensión- del cambio de sexo de uno de los cónyuges vigente el matrimonio y deseando ambos mantener el vínculo matrimonial. El tribunal remitente preguntó si la Directiva 79/7, “relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social”, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que una persona que ha cambiado de sexo cumpla no solo criterios de carácter físico, social y psicológico, sino también el requisito de no estar casada con una persona del sexo que ha adquirido. El Tribunal de Luxemburgo falló que la normativa nacional controvertida constituye una discriminación directa por razón de sexo prohibida por la Directiva 79/7.

19. En la cuestión prejudicial Römer⁹ el demandante en el litigio principal y su compañero constituyeron una pareja estable inscrita conforme a la normativa nacional alemana. A diferencia de la prestación sobre la que versaba el litigio en el asunto que dio lugar a la sentencia Maruko, antes citada, que era una pensión de supervivencia, la prestación sobre la que versa el litigio principal en el presente asunto consiste en la pensión complementaria de jubilación que la Freie und Hansestadt Hamburg abona a uno de sus antiguos empleados. Por otro lado, consta que la aplicación de la normativa del Land de Hamburgo controvertida en el litigio principal no sólo presupone que el beneficiario esté casado, sino también que no viva permanentemente separado de su cónyuge. La finalidad de tal normativa es procurar que se obtenga, al alcanzarse la edad de jubilación, una renta de sustitución que se supone es beneficiosa no sólo para el interesado, sino también, indirectamente, para las personas que viven con él.

20. Resulta acreditado del expediente que la pensión del Sr. Römer habría aumentado si en octubre de 2001 hubiera contraído matrimonio, en lugar de constituir una pareja estable inscrita con un hombre. El Tribunal falló que los artículos 1 y 2 de la Directiva 2000/78, en relación con el artículo 3, apartados 1, letra c) de la misma, se oponen a una disposición nacional como la controvertida en el litigio en virtud de la cual el beneficiario que ha constituido una pareja estable inscrita percibe una pensión complementaria de jubilación de cuantía inferior a la que se reconoce al beneficiario casado que no viva permanentemente separado, si (como ocurría en Alemania) “en el Estado miembro en cuestión el matrimonio se reserva exclusivamente a personas de sexo diferente y coexiste con el régimen de pareja estable inscrita reservado exclusivamente a las personas del mismo sexo. El Tribunal, asimismo, aprecia discriminación directa por motivos de orientación sexual.

21. Vinculado con el tema de pensión de viudedad está el del derecho de uno de los miembros de la pareja de hecho a reagrupar al otro miembro que no es nacional del Estado de residencia. En esta materia resulta pionera y emblemática la sentencia Reed¹⁰. El litigio se suscitó por la negativa de las autorida-

⁸ STJUE de 26 de junio de 2018, -451/16, (MB), ECLI:EU:C:2018:492.

⁹ STJUE de 13 de junio de 2017, -258/14, (Römer), ECLI:EU:C:2017:448.

¹⁰ STJCE de 17 de abril de 1986, -59/85, (Reed), ECLI:EU:C:1986:157: “el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento 1612/68 no puede interpretarse en el sentido de que la persona que mantenga una relación estable con un trabajador nacional de otro Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro deba ser equiparada, en determinadas condiciones, al cónyuge contemplado por dicha disposición”.

des de los Países Bajos a concederle el permiso de residencia a la compañera sentimental de un británico que trabajaba en dicho Estado. En dicha sentencia -que con fino sentido del humor Mancini¹¹ calificó de “ejercicio de alta acrobacia jurídica”- el Tribunal reconocía que la interpretación de conceptos tales como el de “cónyuge”, basados en la evolución histórica de la sociedad, no podía fundarse sólo en la situación de un único Estado miembro, sino que era preciso atender a la situación en la totalidad de la Comunidad.

22. Estos criterios llevaron al Tribunal a considerar que, en defecto “de indicación de una evolución social de orden general que justifique una interpretación extensiva, y a falta de indicación contraria en el Reglamento 1612/68, es necesario constatar que al utilizar la palabra “cónyuge”, el artículo 10 del Reglamento contempla exclusivamente una relación fundada en el matrimonio.” No obstante, la sentencia Reed recurrió al concepto de ventaja social establecido en el artículo 7.2 del citado Reglamento 1612/68 a fin de reconocer el derecho de la pareja del trabajador migrante a instalarse con él en el territorio de otro Estado miembro.

III. Pensión de viudedad española y parejas de hecho: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de octubre de 2021¹²

23. Plantea la cuestión prejudicial la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La demandante en el litigio principal fue pareja de hecho durante más de veinte años del sujeto causante que falleció en 2017 y de esa unión nacieron dos hijos. Un mes antes del óbito solicitaron su inscripción en el Registro de Parejas Estables de Cataluña. La petición de pensión de viudedad fue desestimada en la instancia por no cumplirse el requisito de haberse constituido la pareja formalmente con dos años de antelación al fallecimiento del sujeto causante, requisito de formalización no aplicable en Cataluña hasta que la SCT 40/2014, de 11 de marzo, declaró inconstitucional el apartado quinto del artículo 174.3 TRLGSS 1/1994.

24. La citada sentencia 40/2014 fue interpretada y aplicada, en la práctica judicial y administrativa, en el sentido de que el requisito de formalización de la relación de pareja de hecho con una carencia temporal de dos años se aplicaba a los procedimientos administrativos o judiciales en curso, aun cuando el fallecimiento del causante se hubiese producido con anterioridad a dicha sentencia. Y sin que el legislador adoptara ninguna medida transitoria para que las parejas de hecho pudieran adaptarse a la reforma sin perder sus expectativas a causar una pensión de viudedad.

25. Es de resaltar que el Registro Público de Parejas de Hecho de Cataluña no se creó hasta el 1 de abril de 2017. No obstante, la inscripción formal de las parejas de hecho podía realizarse en cualquier momento anterior mediante acta notarial.

26. La Sala de lo Social del TSJ al formular la cuestión prejudicial invoca el caso Florescu¹³ pues “considera que los derechos derivados del pago de una prestación social como la pensión controvertida en el litigio principal constituyen derechos patrimoniales a efectos del artículo 1 del Protocolo Adicional nº 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y están, por tanto, incluidos en el ámbito de aplicación del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 17, apartado 1, de la Carta de Derechos Fundamentals de la Unión Europea”.

27. Destaca la Sala del TSJ de Cataluña al plantear la cuestión prejudicial que “tanto en Cataluña como en el resto de España, la pensión de viudedad está feminizada, ya que los beneficiarios de tal pen-

¹¹ G. F. MANCINI, *La Circulación de los Trabajadores por Cuenta Ajena en la Jurisprudencia de Comunitaria*, Estudios Jurídicos Internacionales y Europeos, Universidad de Granada, 1990, p.25.

¹² STJUE de 14 de octubre de 2021, -244/20, (F.C.I.), (ECLI:EU:C:2021:854).

¹³ STJUE de 13 de junio de 2017, -258/14, (Florescu), EU:C:2017:448).

sión son mujeres en un porcentaje que supera el 90 %” y que constituye una discriminación indirecta por razón de sexo el requisito temporal exigido por la STC 40/2014”. En opinión de la Sala de lo Social del TSJ, la “restricción de acceso a la pensión controvertida en el litigio principal derivada de la sentencia del Tribunal Constitucional constituye una discriminación indirecta por razón de sexo”.

28. Ahora bien, el TSJ de Cataluña conoce perfectamente que la pensión de viudedad está excluida del ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7 “relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social” y que, por tanto, no podría invocarla para fundar la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la UE. Para salvar este escollo el TSJ de Cataluña sostuvo un audaz argumento: que “la exclusión de las pensiones de viudedad del ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7 no es conforme con el principio de igualdad consagrado en los artículos 2 TUE y 3 TUE, ni con el artículo 19 TFUE y el artículo 21 de la Carta”.

29. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió que la “supuesta discriminación controvertida en el litigio principal no está comprendida en el ámbito de aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, sino que deriva de una diferencia de trato entre las parejas registradas y las parejas no registradas debido a la naturaleza de su relación”. Destaca reiteradamente la exclusión de las prestaciones a favor de los supervivientes del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, de conformidad con su artículo 3.2. Por tanto, “al no imponerse a los Estados miembros obligación alguna a este respecto, esta pensión no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y, por tanto, de la Carta”. Rotundamente resuelve el Tribunal que “el principio de no discriminación no puede conllevar que se aplique el Derecho de La UE a actos de Derecho derivado no adoptados sobre la base de dicho artículo o de otras disposiciones de los Tratados”.

30. Y es que, efectivamente, la Directiva 79/7 es anterior en el tiempo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, anterior al TFUE y al Tratado de la Unión Europea. No hay que olvidar que cuando esta Directiva se adoptó estaba en vigor el Tratado de la CE, que únicamente dedicaba un artículo a la igualdad entre hombres y mujeres en materia salarial (el artículo 119). Pero la Directiva 79/7 no encuentra su fundamento en ese artículo 119 sino en el 235 del Tratado de la Comunidad Europea, que ninguna relación guarda con la igualdad¹⁴. Por tanto, lo que la sentencia del Tribunal de Justicia viene a significar es que los artículos que actualmente proclaman el derecho a la no discriminación en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no pueden aplicarse a disposiciones de Derecho derivado que ni se fundan ni desarrollan dichos artículos.

31. La sentencia del TJUE merece, sin embargo, una crítica: el Tribunal de Luxemburgo se declaró incompetente para resolver la segunda cuestión prejudicial planteada por el TSJ: sobre “si debía ser interpretado el artículo 6 del TUE y el artículo 17, apartado 1, de la Carta, a la luz del artículo 1 del Protocolo adicional n.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que se oponen a una medida nacional, como la considerada en el litigio principal”. En otras palabras, lo que se plantea es si la reforma en España de los requisitos para acreditar la existencia de una pareja de hecho y lucrar una pensión de viudedad conculca el derecho de propiedad reconocido por el artículo 1 del Protocolo Adicional n.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

32. A primera vista, puede resultar extraño que el TSJ de Cataluña invoque en la cuestión prejudicial el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lo que para comprender este punto hay que realizar una somera explicación previa. Hay que partir de la premisa de que todos los Estados miembros de

¹⁴ F. LOUSADA AROCHENA, “Seguridad Social Pública y Discriminación Sexista en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación en España” en: A. VICENTE PALACIO, *Aplicación por los Tribunales Españoles de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Materia Social*, Atelier, Barcelona, 2023, p.302: no todas las Directivas en materia laboral y social tienen igual fortaleza jurídica. Únicamente el principio de igualdad de retribuciones se encuentra plasmado en el Derecho originario.

la Unión Europea han ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A mayor abundamiento, el artículo 218.6 del TUE prevé la posibilidad de firmar un Acuerdo de Adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

33. Pero, y esto es lo relevante, la Unión Europea ni lo ha firmado ni es previsible que lo haga tras el Dictamen 2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014 declarando la incompatibilidad del Proyecto de Acuerdo de Adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos con el Derecho originario de la Unión. En última instancia el escollo que hace imposible esta adhesión es la eventualidad de que la jurisprudencia del TEDH pudiera prevalecer sobre la interpretación del Derecho de la Unión efectuada por el TJUE. Así se infiere del Dictamen citado cuando afirma en su apartado 183 que “un acuerdo internacional únicamente puede afectar a sus propias competencias (del TJUE) si se cumplen los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de éstas y, por lo tanto, no se pone en peligro la autonomía del sistema jurídico comunitario”. Y aún más claramente, en el apartado 186 se lee que las apreciaciones del TJUE “relativas al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH”.

34. En síntesis, “un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario” (apartado 201 del Dictamen 2/13). Es decir, que pese al “diálogo” y recepción de la jurisprudencia del TEDH por parte del TJUE, sería contrario al Derecho de la Unión Europea que el TEDH primara sobre el TJUE.

35. Pese a todo ello, a partir de la sentencia Nold el TJUE declarará que “los instrumentos internacionales referentes a la protección de los Derechos Humanos en los que han cooperado o a los que se han adherido los Estados miembros también pueden contener elementos que conviene tener en cuenta en el Derecho comunitario”¹⁵. Jurisprudencia que se reitera en infinidad de sentencias posteriores. Concretamente, en relación con el CEDH, el Tribunal de Luxemburgo viene declarando que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los Derechos Humanos¹⁶. A sensu contrario, no operará tal garantía cuando el derecho en cuestión no se encuentre amparado por el CEDH.

36. Está fuera de toda duda que el derecho de propiedad se encuentra entre los Derechos Fundamentales que el ordenamiento jurídico comunitario garantiza¹⁷. Y también está reconocido en el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del CEDH. A mayor abundamiento, desde la pionera sentencia *Gaygusuz*, el TEDH viene reconociendo que una prestación de Seguridad Social (contributiva y no contributiva) puede calificarse como derecho patrimonial en el sentido del artículo 1 del citado Primer Protocolo Adicional CEDH.

37. El ya citado caso *Florescu* -al que el TSJ de Cataluña alude expresamente en su cuestión prejudicial- es la primera y, de momento, única sentencia en la que el TJUE ha invocado la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a prestaciones sociales como derecho de propiedad. El TJUE señaló que, para determinar el alcance del derecho fundamental al respeto de la propiedad, es preciso tener en cuenta, a la luz del artículo 52.3 de la Carta, el artículo primero del Primer Protocolo Adicional al CEDH. Por ello, el TJUE -con cita de la jurisprudencia del TEDH- concluye que “cuando una normativa establece el pago automático de una prestación social, engendra, para quienes reúnen sus requisitos, un interés patrimonial que entra en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo Adicional y, por lo tanto, los derechos derivados del pago de cotizaciones a un régimen de Seguridad Social constituyen

¹⁵ STJCE de 14 de mayo de 1974, -4/73, (Nold), ECLI:EU:C:1974:51.

¹⁶ L. LÓPEZ GUERRA, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “Le Mouvement Nécessaire des choses”, *Teoría y Realidad Constitucional* nº 39/2017, pp.163-188

¹⁷ Sentencias del TJCE de 12 de noviembre de 1969, -29/69, (Stauder), ECLI:EU:C:1969:57; y de 17 de julio de 1997, -248/95 y 249/95, (SAM), ECLI:EU:C:1997:377; de 28 de abril de 1998, -200/96, (Metronome), ECLI:EU:C:1998:172: “según reiterada jurisprudencia, el derecho de propiedad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario”.

derechos patrimoniales a efectos de este artículo”. Por lo que se refiere al artículo 17 de la Carta, en el asunto Florescu el TJUE afirma que de “la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia se desprende que el derecho de propiedad garantizado por ese artículo no tiene carácter absoluto y que su ejercicio puede ser objeto de restricciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la Unión”. No obstante, el Tribunal de Luxemburgo concluirá que “la normativa nacional considerada en el litigio principal es adecuada para conseguir el objetivo de interés general perseguido y es necesaria para alcanzarlo”.

38. Pero, como ya se ha indicado, en la sentencia del TJUE de 14 de octubre de 2021 el Tribunal no entra a considerar si, a la luz del derecho de propiedad, es contrario al Derecho a la UE que parejas de hecho se vean privadas de la pensión de viudedad por los criterios exigidos tras la STC 40/2004.

IV. Parejas de hecho, pensión de viudedad, derecho de propiedad y Tribunal Europeo de Derechos Humanos

39. El Derecho a prestaciones de seguridad Social no está recogido ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni sus Protocolos Adicionales. Sin embargo, desde hace décadas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene interpretando que el Derecho a prestaciones sociales es un derecho de propiedad tutelable al amparo del artículo primero del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Dicho precepto proclama que: *“toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”*.

40. A la hora de interpretar dicho precepto hay que partir de la premisa que el concepto de propiedad tiene para el TEDH un significado autónomo frente a los ordenamientos nacionales y no se limita a la propiedad de los bienes físicos: determinados derechos e intereses que constituyen activos pueden considerarse también “derechos de propiedad”.

41. La sentencia Gaygusuz¹⁸ es la primera de un amplio elenco de casos en la que el TEDH calificó una prestación de Seguridad Social como derecho patrimonial en el sentido del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional. La prestación en litigio era un subsidio austriaco por desempleo destinado a garantizar un ingreso mínimo de supervivencia a aquellos trabajadores que hubieran agotado la prestación por desempleo, de cuyo ámbito de aplicación personal se excluía a los nacionales de Terceros Estados. Puesto que este subsidio se reconocía a quienes hubieran sido beneficiarios previamente de una prestación contributiva por desempleo, existía un vínculo indirecto entre cotizaciones previas y el subsidio (aunque éste último no se financiara mediante cotizaciones de los trabajadores y/o sus empresarios). El demandante, de nacionalidad turca, había trabajado legalmente en Austria.

42. En el asunto Gaygusuz el TEDH sostuvo por unanimidad que el derecho a una prestación destinada a personas sin recursos suficientes y financiados tanto con aportaciones estatales como de los trabajadores, está comprendida dentro del ámbito de aplicación material del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del CEDH, no resultando justificables las diferencias de trato para su reconocimiento fundadas en la nacionalidad del solicitante. Siendo a estos efectos irrelevantes las vías de financiación de la prestación (impuestos o cotizaciones), o que su concesión esté subordinada a una prueba de insuficiencia de recursos.

¹⁸ STEDH de 23 de febrero de 1995, Gaygusuz contra Austria, TEDH 1996/40.

1. Muñoz Díaz contra España

43. La Sra. Muñoz Díaz se casó a los 15 años, conforme al rito gitano, con el padre de sus seis hijos que fueron inscritos en el libro de familia expedido en 1983. En 1986 se le reconoció a la demandante y a su familia su condición de familia numerosa de primera categoría. Su “esposo” murió en 2000. En la cartilla de la Seguridad Social figuraba como beneficiaria del fallecido.

44. La Sra. Muñoz Díaz interpuso demanda solicitando le fuera reconocida pensión de viudedad. Frente la resolución denegatoria del INSS fundada en que no era, ni había sido, cónyuge del fallecido (también de etnia gitana) y no existir imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento.

45. Por sentencia del Juzgado de lo Social nº 12 de Madrid de 30 de mayo de 2002, se estimó la demanda de la recurrente al considerar probado que ésta y el fallecido son de origen gitano y contrajeron matrimonio en noviembre de 1971 por el rito tradicional gitano, teniendo seis hijos, argumentando que el matrimonio gitano entre la actora y el fallecido, se ha celebrado en territorio español y se ajusta a la ley personal de los contrayentes, se trata de una forma válida y admitida por la costumbre y usos de dicha etnia, por lo que hay que considerarlo válido.

46. Recurrída la sentencia ante el TSJ de Madrid se estimó el recurso de suplicación. Es interesante mencionar expresamente el Fundamento Jurídico tercero de dicha sentencia porque indica que en la cartilla sanitaria junto al nombre de la demandante, aparecía “en la casilla *parentesco*, una letra retocada que la sentencia de instancia interpretó como esposa (la inicial correspondiente a esa palabra) y aunque ello pueda suscitar sus dudas, pareciendo más bien una letra distinta, la Sala no puede efectuar una ponderación distinta al respecto y propia de una prueba pericial caligráfica, siendo de significar, en cualquier caso, que lo que aparece es una letra inicial y que tal documento habría sido cumplimentado por el causante, cuya firma aparece en el anverso, no por la entidad gestora”.

47. Interpuesta demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado por razón de raza y condición social (artículo 14 CE) fue desestimada por la STC 69/2007 considerando que la negativa jurisdiccional a concederle pensión de viudedad por falta de concurrencia del requisito de matrimonio no era discriminatoria. Reiterando el TC su doctrina de que no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia. En conclusión, el TC no apreció la existencia de un trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos, derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con el vínculo matrimonial a los efectos de dicha prestación y de que se les haya aplicado el mismo tratamiento jurídico que a las uniones *more uxorio*. La sentencia contó con un voto particular.

48. Agotadas las instancias nacionales, la Sra. Muñoz Díaz recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que la negativa de concederle una pensión de viudedad debido a que su matrimonio, celebrado según el ritual de la etnia gitana, carece de efectos civiles vulnera el principio de no discriminación reconocido por el artículo 14 del Convenio en conexión con el artículo 1 del Protocolo nº 1.

49. El día 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007¹⁹, se reconoció a la demandante una pensión de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que pareja de hecho.

¹⁹ “Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurren las siguientes circunstancias: a) Que a la muerte del

50. El 8 de diciembre de 2009 el TEDH dicta sentencia. Y parte de la premisa de que desde el momento en que un Estado contratante adopta una normativa previendo el pago de una prestación social...se deberá considerar que esta normativa genera un interés patrimonial dependiente del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo N° 1.

51. El TEDH rechazó por unanimidad que no reconocer efectos civiles a los “matrimonios” por el rito gitano sea constitutivo de una discriminación prohibida por el artículo 14 del CEDH. Pero teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, el Tribunal considera desproporcionado que el Estado español, que emitió un libro de familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió a la interesada y a sus seis hijos asistencia sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano a la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión. Por ello el Tribunal declara por seis votos contra uno que España ha vulnerado el artículo 14 en conexión con el artículo 1 del Protocolo n° 1.

52. La sentencia, sin embargo, merece ser objeto de crítica: para el TEDH la piedra angular para estimar la existencia de discriminación por no reconocer España pensión de viudedad a la Sra. Muñoz Díaz radica en el hecho de que ella y el padre de sus hijos estuvieran en posesión de un libro de familia y de familia numerosa de 1ª categoría. El TEDH invoca que, conforme al artículo 2 de la Ley 25/1971, “*se considerará familia numerosa la que, reuniendo las demás condiciones que se señalan en esta Ley estén constituidas por: a) el cabeza de familia, su cónyuge, y cuatro o más hijos*”.

53. Pero esa normativa no era aplicable al caso: tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 se produce un cambio radical respecto a la situación jurídica de los hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial: todos los progenitores -incluidos los no casados- podían obtener libro de familia. Pero no porque el legislador español equipare el matrimonio a las uniones *more uxore* sino para acabar con la discriminación de que eran objeto los hijos no matrimoniales durante la etapa franquista cuya inscripción de nacimiento se llevaba a cabo en un libro distinto (libro de filiación) al de los hijos matrimoniales o “legítimos” (que se inscribían en el libro de familia). Por ello, tras la Constitución, tanto la obtención del libro de familia como del libro de familia numerosa dejó de estar condicionada a la existencia de un previo matrimonio. Y por eso le fueron expedidos libros de familia, y de familia numerosa, a la Señora Muñoz Díaz y al padre de sus hijos en 1983 y 1986, respectivamente. Y en ninguno de ellos figura inscrita como esposa.

54. A mayor abundamiento, en reiteradas ocasiones el TEDH menciona que en una cartilla de la Seguridad Social la Sra. Muñoz Díaz sí aparecía como esposa. Pero el TEDH no transcribe en ninguno de los párrafos de su sentencia el hecho recogido tanto en la STS de Madrid de 7 de noviembre de 2002 como en la STC 69/2007: “*en dicha cartilla junto al nombre de la Sra. Muñoz Díaz en la casilla parentesco hay una letra retocada que la sentencia (del Juzgado de lo Social) interpreta como esposa, siendo de significar en cualquier caso que lo que aparece es una letra inicial y que tal documento habría sido cumplimentado por el causante, cuya firma aparece en el anverso, no por la entidad gestora*”.

55. Asimismo, hay que tener presente que a partir de la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 29 de diciembre de 1984 se reconoce derecho a prestación sanitaria a las personas que, sin ser cónyuge, convivan con el titular del derecho, así como a sus hijos, siempre que demuestren que viven a sus expensas y que la convivencia ha tenido lugar de forma ininterrumpida como mínimo durante el año anterior a la solicitud de su reconocimiento como beneficiario.

causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.

b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente Ley, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste”.

56. En el párrafo 69 el TEDH hace suyo el último párrafo del voto particular a la STC 69/2007 que considera desproporcionado no reconocer pensión de viudedad cuando el Estado “ha percibido las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de 19 años”. Dejando al margen la incongruencia de que el TEDH califique como “marido” a quien no ha celebrado un matrimonio reconocido por la legislación nacional, respecto al argumento de vincular los años cotizados al derecho a una prestación de Seguridad Social hay que señalar que resulta insostenible puesto que los sistemas públicos de Seguridad Social no funcionan como un seguro privado. No hay por tanto correlación entre las cotizaciones que obligatoriamente han de realizar los sujetos legalmente obligados y las prestaciones que les puedan ser reconocidas. Es decir, que se puede cotizar y no tener derecho a una prestación contributiva y, a la inversa, lucrar una prestación contributiva sin cotizar. Y es que la cotización se configura como una obligación legal y autónoma de contribuir al sostenimiento de gastos públicos que no genera jurídicamente derecho patrimonial alguno, desconectada, por tanto, de aquél.

57. El caso Muñoz Díaz no agotó la problemática de las parejas de hecho de etnia gitana, como lo evidencia la STS 58/2018 (ECLI:ES:TS:2018:294): a la recurrente (Joaquina Cortés), de etnia gitana, se le había denegado por el INSS la pensión de viudedad por no haberse constituido formalmente el vínculo como pareja de hecho con el causante con una antelación de al menos de dos años previos al fallecimiento. El Pleno de la Sala del Tribunal Supremo anuló la resolución recurrida y desestimó la demanda por no acreditarse la existencia de la pareja de hecho, al no constar su inscripción en el registro, ni estar constituida a través de documentos público. Asimismo, declara inaplicable la sentencia del TEDH (asunto Muñoz Díaz), por no concurrir buena fe matrimonial basada en la creencia de la eficacia del vínculo contraído al no venir avalada en documentos oficiales que le hubieran dado apariencia de validez, pues tanto en el libro de familia como en las inscripciones de nacimiento se hace constar la cualidad de “solteros” de los padres y la naturaleza “extramatrimonial” de los hijos.

58. Interpuesto recurso de amparo por vulneración del artículo 14 CE, la STC 1/2021, de 25 de enero, lo denegó: “este tribunal ha asumido la existencia de dos regímenes diferenciados por voluntad del legislador, el del matrimonio y el de la convivencia *more uxorio*, que son reflejo de la capacidad de elección de las personas respecto del ejercicio de su derecho a contraer matrimonio, señalando que la convivencia *more uxorio*, ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. Por ello, el legislador puede diferenciar respecto de las consecuencias que se derivan de la opción, por uno u otro régimen. La pretensión de la demandante de que su unión no formalizada reciba el mismo trato que el otorgado a la relación de convivencia no matrimonial debidamente constituida no puede prosperar, no siendo contraria la diferencia de trato a la prohibición de discriminación”.

59. Agotadas todas las instancias nacionales, esta “viuda” gitana interpuso demanda ante el TEDH que está pendiente de resolución.

2. Domenech Aradilla y Rodríguez González contra España

60. Con fundamento, una vez más, en el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del CEDH España fue nuevamente condenada por la sentencia del TEDH de 19 de enero 2023 (casos Domenech Aradilla y Rodríguez González²⁰). En ambos supuestos el origen de la controversia trae causa de la denegación de pensión de viudedad a parejas de hecho con residencia en Cataluña afectadas por el requisito formal de tenerse que haber registrado como pareja de hecho dos años antes del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja. Requisito, que como reiteradamente se ha expuesto a lo largo de este artículo, era exigible tras la STC 40/2004, cuyos efectos también eran aplicables a situaciones donde aún no hubiera recaído una resolución firme.

²⁰ STEDH de 19 de enero de 2023, Domenech Aradilla y Rodríguez González contra España, TEDH 2023\12.

61. En ambos supuestos, el fallecimiento de las parejas de las demandantes se había producido antes de que se adoptara la citada sentencia del Tribunal Constitucional. Y en ambos casos las demandantes recurrieron al Tribunal Constitucional que declaró inadmisibles los recursos de amparo por falta de trascendencia constitucional.

62. Las demandantes alegan ante el TEDH que tenían una “confianza legítima” en que se les reconociera el derecho a percibir una pensión de viudedad porque cumplían todos los requisitos legales aplicables en el momento del fallecimiento de sus respectivas parejas, que había tenido lugar antes de que el Tribunal Constitucional dictara y publicara su sentencia 40/2014 por la que se habían modificado los requisitos. Y que el requisito de formalizar la existencia de una relación de hecho al menos dos años antes del fallecimiento de una de las partes para que el otro miembro de la pareja pudiera optar a una pensión de viudedad se introdujo con efecto inmediato (sin ningún periodo de transición de dos años desde el momento de su introducción) y vulneró tanto su derecho al disfrute de los bienes al amparo del artículo 1 del Protocolo nº 1 al Convenio como el derecho a la seguridad legal al amparo del artículo 6.1 del Convenio.

63. Al resolver estos litigios la sentencia del TEDH partió de la premisa de que, aunque el artículo 1 del Protocolo nº 1 no crea un derecho a adquirir una propiedad, en ciertas circunstancias, la “confianza legítima” de obtener un valor también puede considerarse dentro del ámbito de protección del citado artículo, que es aplicable a prestaciones sociales. Y si un Estado contratante dispone de una legislación vigente que establece el pago de pleno derecho de una prestación social -condicionada o no al pago previo de cotizaciones-, debe considerarse que dicha legislación genera un interés patrimonial que entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo nº 1 para las personas que cumplan sus requisitos.

64. El TEDH sostiene que, conforme a la legislación española vigente en la fecha del fallecimiento de las parejas de las demandantes, no necesitaban haberse registrado formalmente en un registro específico o ante notario como pareja de hecho para poder beneficiarse de una pensión de viudedad. Tampoco existía el requisito, aplicable a ellas, de que dicha inscripción fuera anterior en al menos dos años al fallecimiento del respectivo miembro de la pareja. Dado que ambas cumplían los demás requisitos legales es innegable que, en dicho momento, ambas demandantes podían haber albergado una “confianza legítima” en que tenían derecho a percibir una pensión de viudedad.

65. Considera el TEDH que es evidente que, en el presente caso, la ausencia de un período transitorio que permitiera una solución razonable para las parejas supervivientes que vieron entrar en vigor el cambio legislativo cuando su solicitud de pensión de viudedad ya estaba en curso no fue paliada por ninguna medida positiva por parte del legislador.

66. El TEDH concluyó que la denegación de la solicitud de pensión de viudedad de las demandantes debe considerarse una injerencia en su derecho al disfrute pacífico de sus bienes y falla por unanimidad que ha habido una violación de sus derechos en virtud del artículo 1 del Protocolo nº 1 del Convenio.

3. Valverde Digón contra España²¹

67. La Sra. Valverde Digón y el padre de su hija habían convivido durante años, pero no se registraron como pareja de hecho hasta julio 2014, unos días antes del fallecimiento del sujeto causante. La pareja tenía su residencia en Cataluña.

68. Este caso difiere de la sentencia Domenech y Rodríguez comentada anteriormente en un dato fáctico: el fallecimiento del sujeto causante es posterior en el tiempo a la STC 40/2014, que empezó a

²¹ STEDH de 26 enero 2023, Valverde Digón contra España, TEDH 2023\15.

surtir efecto el 10 de abril de 2014. Si bien es verdad que cuando falleció la pareja de la Sra. Valverde aún no habían transcurrido los dos años exigidos para causar derecho a la pensión de viudedad también es incuestionable que resultaba de imposible cumplimiento ya.

69.La sentencia del TEDH de 26 de enero 2023 falló por mayoría que ha habido una violación del artículo 1 del Protocolo nº 1 al Convenio y su fundamentación a este respecto coincide con los de la sentencia Domenech y Rodríguez.

70.Pero la sentencia Valverde difiere de la sentencia Domenech y Rodríguez en la existencia de un voto particular que rechaza que se pueda tutelar como derecho de propiedad la expectativa a causar pensión de viudedad cuando el sujeto causante falleció con posterioridad a la publicación de la STC 40/2014.

71.Los magistrados Mattias Guyomar, Georges Ravarini (Presidente) y Carlo Ranzoni -que habían votado que sí se había cometido infracción del artículo 1 del primer Protocolo Adicional al CEDH en la sentencia Domenech Aradilla y Rodríguez- afirman en el voto particular que el citado precepto no es aplicable a la Sra. Valverde.

72.Según los magistrados disidentes, mientras las Sras. Domenech y Rodríguez sí tenían una expectativa legítima (por cuanto el fallecimiento del causante había sucedido antes de dictarse la STC 40/2014), en el caso de la Sra. Valverde la muerte de su compañero sobrevino con posterioridad. Más aun, incluso mientras vivía su compañero, y antes de la citada sentencia, la recurrente no tenía un “derecho ordinariamente ejecutable” en el ámbito del Protocolo nº 1, sino únicamente una posibilidad, ni siquiera una expectativa legítima, cuya realización presuponia un acontecimiento concreto, a saber, la muerte de su compañero. Con la STC 40/2014 entró en vigor un nuevo requisito que privaba a la recurrente del derecho a pensión al fallecer su compañero antes de transcurrir dos años desde la inscripción registral como pareja. Así, pues, el óbito no resultó suficiente para “cristalizar” una expectativa legítima equiparable a la “posesión” en el sentido del artículo 1 del Protocolo”.

V. Conclusiones

73.Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la exigencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la prestación de viudedad establecida dentro del sistema de la Seguridad Social no infringe el artículo 14 de la Constitución española.

74. La legalización del matrimonio homosexual y la crisis del modelo tradicional de familia culminaron en España en la ley 40/2007 que reconoció el derecho a pensión de viudedad para parejas de hecho homosexuales y heterosexuales.

75. El requisito recogido en el TRLGSS 1/1994, según el cual en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevaría a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica, fue declarado inconstitucional por la STC 40/2014. Ni el Tribunal Constitucional, ni la legislación adoptada con posterioridad, tuvieron en cuenta la situación específica de aquellas personas que habían solicitado la pensión antes de la STC 40/2014, que procedió a uniformar el régimen jurídico aplicable en todo el territorio español

76. España ha sido condenada por el TEDH en los casos Domenech Aradilla, Rodríguez González y Valverde Digón por infracción del artículo 1 del primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos por denegar la pensión de viudedad a las supervivientes de parejas de hecho cuando el sujeto causante había fallecido antes de que se publicara la STC 40/2014, o en una fecha posterior cercana. Es decir, el TEDH considera que el derecho a la pensión de viudedad es tutelable, al amparo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como derecho de propiedad.

77. Igual que ha evolucionado la sociedad española y europea ante la realidad de las uniones de personas del mismo sexo o distinto sexo, también lo ha hecho la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

78. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce que el estado civil y las prestaciones que de él dependen son materias comprendidas dentro de la competencia de los Estados miembros. Pero en el ejercicio de dicha competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario, en especial las disposiciones relativas al principio de no discriminación. Es por ello que el Tribunal ha considerado discriminatorias legislaciones nacionales que privaban a parejas de hecho de prestaciones de Seguridad Social.