

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**4897** *Sala Segunda. Sentencia 77/2013, de 8 de abril de 2013. Recurso de amparo 5030-2011. Promovido por doña Iris Cuenca Cuenca respecto de las resoluciones de las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y del Tribunal Supremo que desestimaron su demanda sobre viudedad. Vulneración del derecho a la igualdad ante la ley: STC 41/2013 (denegación de la pretensión ejercitada en el litigio social que trae causa de la aplicación de un precepto legal contrario al derecho a la igualdad ante la ley al supeditar el disfrute del derecho a la pensión de viudedad que en él se establece a que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes).*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Ramón Rodríguez Arribas, Presidente; don Pablo Pérez Tremps, don Francisco José Hernando Santiago, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y doña Encarnación Roca Trías, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5030-2011, promovido por doña Iris Cuenca Cuenca, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Rosa Vidal Gil y asistida por la Abogada doña Carme Moles i Gual, contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2011, dictado en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3919-2010 interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de septiembre de 2010, que desestimó el recurso de suplicación 3676-2009 interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 31 de Barcelona de 29 de enero de 2009, en autos 515-2008, sobre viudedad. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito sellado en el Servicio de Correos el día 16 de septiembre de 2011 y registrado en este Tribunal Constitucional el siguiente día 19, doña Iris Cuenca Cuenca manifestó su intención de interponer recurso de amparo contra el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2011, dictado en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3919-2010 interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de septiembre de 2010, que desestimó el recurso de suplicación 3676-2009 interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 31 de Barcelona de 29 de enero de 2009, en autos 515-2008, sobre viudedad, manifestando haber solicitado justicia gratuita para iniciar el procedimiento ante el Tribunal.

Una vez efectuada la designación por el turno de justicia gratuita de la Procuradora de los Tribunales doña María Rosa Vidal Gil y acreditada la renuncia a la percepción de honorarios por la Letrada de libre designación doña Carme Moles i Gual, la indicada Procuradora, dentro del plazo que le fue concedido, interpuso el día 12 de enero de 2012 recurso de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento, alegando la vulneración por las mismas del artículo 14 CE.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del recurso, son, en síntesis, los siguientes:

a) La demandante de amparo es una persona transexual, cuyo cambio de sexo (rectificación de la inscripción de nacimiento y cambio de nombre) fue declarado por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Martorell de 5 de junio de 1997. En fecha 12 de febrero de 2008 solicitó el reconocimiento de pensión de viudedad por el fallecimiento en diciembre de 2003 de su pareja estable. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) le denegó la pensión por no haber tenido hijos comunes con el causante, tal y como exige para el caso de parejas de hecho fallecidas antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, la disposición adicional tercera de dicha Ley.

b) Agotada la vía administrativa, la demandante presentó demanda ante el Juzgado de lo Social, aduciendo la inconstitucionalidad de la citada disposición. La demanda fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 31 de Barcelona de 29 de enero de 2009, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina constitucional.

c) Recurrída en suplicación la anterior Sentencia, el recurso fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de septiembre de 2010, con idénticos fundamentos que la de instancia.

d) Finalmente, la demandante interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que fue rechazado por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2011.

3. En su demanda, la recurrente aduce que la aplicación por las resoluciones recurridas de la disposición adicional tercera, letra c), de la Ley 40/2007 ha vulnerado su derecho fundamental a la igualdad, al tratar de manera desigual a las personas transexuales.

Señala que la Ley 40/2007, modificó la Ley general de la Seguridad Social para dar entrada a la protección al miembro superviviente de pareja de hecho, que acredite cinco años de convivencia y dependencia económica. La disposición adicional tercera, pese a no tener la Ley 40/2007 efectos retroactivos, reconoce excepcionalmente la posibilidad de solicitar la pensión de viudedad en aquellos supuestos en que el hecho causante se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley cuando se acredite una convivencia de seis años, que no se tenga reconocida otra pensión contributiva de la Seguridad Social y que el causante y el beneficiario hayan tenido hijos comunes.

Añade que, si bien el Tribunal Constitucional ha declarado que no es discriminatoria la diferenciación basada en la sucesión legislativa, no tiene sentido que se pidan más requisitos a los establecidos con carácter general, y que en lugar de pedir dependencia económica se pidan hijos comunes, con lo cual se separa del objetivo general de la prestación, que es resarcir la pérdida de ingresos, y se introduce un requisito que excluye a las parejas que no hayan querido o podido tener hijos comunes, máxime en el caso de la demandante, cuyo síndrome de transexualidad hace de imposible cumplimiento el requisito, pues los transexuales masculinos no pueden biológicamente tener hijos, del mismo modo que se le había impedido antes el matrimonio y la adopción.

Considera que la Ley 40/2007 no distingue, en su regulación general, entre parejas heterosexuales, homosexuales o transexuales, por lo que no puede luego, con la introducción del requisito de «hijos en común», dar lugar a esta distinción, que choca frontalmente con el principio constitucional de igualdad. Entiende, por ello, que se debe apreciar la vulneración del artículo 14 CE, elevando la cuestión al Pleno para que declare la inconstitucionalidad de la disposición adicional tercera, letra c), de la Ley 40/2007. Añade que esta misma declaración de inconstitucionalidad ha sido ya solicitada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona en la cuestión de inconstitucionalidad 8970-2008, con la que entiende que debería acumularse el presente proceso.

4. Por providencia de 24 de mayo de 2012 la Sala Segunda acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda, y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y al Juzgado de lo Social núm. 31 de Barcelona a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitieran, respectivamente, certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3919-2010, del recurso de suplicación núm. 3676-2009 y del procedimiento núm. 515-1998, interesándose al propio tiempo del Juzgado que se emplazara, para que el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo, a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

5. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Segunda de 14 de septiembre de 2012 se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

6. La representación procesal de la recurrente presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el 27 de septiembre de 2012, en el que afirma reiterarse en todas las alegaciones expuestas en la demanda de amparo.

7. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el día 5 de noviembre de 2012, en el que solicita que se declare la desestimación de la demanda de amparo por incumplimiento del requisito expresado en el último inciso del artículo 49.1 LOTC, y, subsidiariamente, el otorgamiento del amparo, reconociendo a la actora su derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 CE.

Comienza el Fiscal su escrito señalando, como cuestión previa al análisis de fondo, que estima que concurre la causa de inadmisión —ahora de desestimación— de la demanda de amparo del artículo 50.1 a) y último inciso del artículo 49.1 LOTC, en tanto la demanda ni justifica, ni contiene referencia alguna a la especial trascendencia constitucional del recurso.

Con carácter subsidiario, señala el Ministerio Fiscal que la demandante plantea la supuesta lesión de su derecho a la igualdad ex artículo 14 CE desde la perspectiva de invocar un supuesto de discriminación en relación con las uniones matrimoniales, al señalar que a las parejas casadas no se les exigen hijos para percibir la pensión de viudedad. Desde esa perspectiva, sin embargo, considera que la improcedencia de la demanda resultaría patente, teniendo en cuenta la consolidada doctrina del Tribunal en lo que se refiere a la genérica comparación entre el matrimonio y las uniones extramatrimoniales.

No obstante, considera que algunos razonamientos de la demanda permiten entender que la actora residencia la queja sobre la afectación del derecho a la igualdad en la comparación de su situación con las uniones de hecho heterosexuales, en las que el cónyuge sobreviviente podría obtener la pensión de viudedad, si hubiera fallecido el causante antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, si de la citada unión hubiera hijos comunes, estableciéndose así una diferencia de tratamiento para las uniones de hecho homosexuales, en tanto éstas, por razones obvias de carácter biológico, nunca podrían tener hijos comunes. Desde esta perspectiva, considera el Fiscal que la comparación sí que se efectúa entre dos casos homogéneos y perfectamente parangonables en orden a analizar el hipotético compromiso del derecho a la igualdad y no discriminación.

Además, señala que la demanda matiza la disposición de la capacidad de tener hijos comunes, al contemplar no sólo la filiación por naturaleza —evidentemente imposible para las parejas homosexuales—, sino también la filiación por adopción, que sí que haría posible la tenencia de hijos comunes pero sólo desde el momento en que la Ley hubiera previsto dicha eventualidad, lo que en el caso del Derecho foral de Cataluña sucedería el

día 10 de mayo de 2005, fecha de entrada en vigor de la Ley Catalana 3/2005. Por lo demás, la actora plantea la vulneración de su derecho a la igualdad, no sólo como un mero supuesto de tratamiento diferenciado de una idéntica situación, sino como hipótesis específica de discriminación por razón de sexo, en tanto causa contemplada expresamente en el artículo 14 CE.

Tras recordar la doctrina del Tribunal sobre el derecho a la igualdad, señala el Ministerio Fiscal que lo que la demanda plantea es la necesidad de una interpretación no discriminadora de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, pues entiende que el elemento de diferenciación de supuestos que la norma introduce –la tenencia de hijos comunes– no resulta ser neutral, dado que en el caso de las parejas homosexuales tal requisito resulta de imposible realización, a diferencia de las parejas heterosexuales. Con ello entiende el Fiscal que se trae a colación la doctrina referida a la discriminación indirecta por razón de sexo como causa contemplada en el artículo 14 CE. Partiendo de la constatación de la realidad del presupuesto que enuncia la actora, señala el Ministerio Fiscal que la cuestión a determinar es si dicha proposición de carácter neutro resulta adecuada o necesaria, o puede justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con la orientación sexual del colectivo afectado. Y, desde tal perspectiva, y a diferencia de lo analizado con anterioridad por el Tribunal en relación con la justificación del diferente tratamiento que la Ley otorgaba a los matrimonios y a las uniones de hecho, en el presente caso el término de contraste que se ofrece no es ya el de la contraposición entre una institución jurídica protegida constitucionalmente –el matrimonio– y una situación convivencial –la unión de hecho–, sino, meramente, el de la orientación sexual en el común ámbito de una unión de hecho.

Tras analizar posibles razones justificadoras de la exigencia relativa a los hijos comunes contenida en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, señala el Fiscal que lo que parece suscitar en realidad la demanda no es tanto la supuestamente errónea actuación judicial (objeto susceptible del recurso de amparo, a tenor del artículo 44.1 LOTC), sino la imposibilidad legal de reconocer la pensión de viudedad que se pretende, lo que conduciría necesariamente al planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad, que la demandante postula pidiendo, además, su acumulación a otras cuestiones de inconstitucionalidad pendientes de resolución ante este Tribunal. En las citadas cuestiones de inconstitucionalidad el Ministerio Fiscal se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad del precepto allí impugnado, lo que no le ha impedido, sin embargo, mostrarse favorable al otorgamiento del amparo en aquellos otros procesos en los que los demandantes han venido invocando, no ya la supuesta discriminación derivada de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, sino la falta de aplicación analógica de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de junio. En dichos procesos, se compararía la situación de los actores, no con las uniones de hecho en general, sino con aquellas uniones heterosexuales cuyos componentes no pudieron contraer matrimonio como consecuencia de lo establecido en la legislación anterior a la Ley 30/1981. En dicha tesis se concluiría que, al no permitirse la celebración del matrimonio homosexual hasta la promulgación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, existiría entonces la misma razón que inspiró la redacción de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, con lo que resultaría lesivo del derecho a la igualdad la falta de aplicación analógica de la citada disposición. Pues bien, si el legislador ha reconocido con carácter retroactivo el derecho a una prestación de Seguridad Social en base a la existencia de una causa impeditiva del matrimonio (el ligamen o vínculo previo), el supuesto que la recurrente ahora ofrece resulta ser exactamente el mismo, ya que se trata también de una anterior causa impeditiva para contraer matrimonio que ahora ha desaparecido. Sólo desde este punto de vista cabría, a juicio del Fiscal, afirmar la lesión del derecho a la igualdad de la recurrente, lesión que no procedería entonces de una disposición legal, sino de la inaplicación por parte del Juzgado y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia –y en virtud del principio *iura novit curia*– de otra norma, cual es la disposición adicional décima Ley 30/1981.

Advierte, por último, el Ministerio Fiscal que, aunque la recurrente plantea idéntica queja frente a las tres resoluciones judiciales recurridas, en lo que se refiere al Auto que inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina sólo procedería en realidad su examen desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, siendo así que la exigencia de firmeza de la Sentencia de contraste para la admisión del mencionado recurso constituye un requisito razonable, resultando acorde tanto con la finalidad de dicho medio de impugnación como con los principios de seguridad jurídica y economía procesal.

8. Por providencia de 4 de abril de 2013 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 8 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Es objeto del presente recurso de amparo determinar si las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado el derecho a la igualdad y a la no discriminación del artículo 14 CE al denegar a la recurrente en amparo la pensión de viudedad solicitada, por la aplicación de un requisito legal que considera contrario a dicho precepto constitucional. El requisito cuestionado es el contenido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que exige, para el reconocimiento de la pensión de viudedad como pareja de hecho en el supuesto de hechos causantes acaecidos antes de la entrada en vigor de la Ley, la circunstancia de que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. A juicio de la demandante, tal requisito resulta contrario al derecho a la igualdad y a la no discriminación, al resultar de imposible cumplimiento para las personas transexuales, ya que biológicamente no pueden tener hijos.

El Ministerio Fiscal, que entiende que el recurso de amparo debe ser desestimado por incumplir el requisito contenido en el último inciso del artículo 49.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), propone subsidiariamente el otorgamiento del amparo, no ya porque la exigencia de hijos comunes en el precepto legal cuestionado sea contraria al artículo 14 CE, lo que rechaza, sino por la vulneración de dicho derecho fundamental como consecuencia de la inaplicación por las Sentencias de instancia y suplicación de otra norma, la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de junio, que, en su criterio, habría determinado el reconocimiento de la pensión.

A fin de delimitar el objeto del presente recurso de amparo, conviene precisar que, tal y como señala el Ministerio Fiscal, aun cuando la demandante extiende su reproche de vulneración del artículo 14 CE al Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que inadmitió, por razones procesales, su recurso de casación para la unificación de doctrina, tal resolución sólo podría ser analizada, dado su alcance, desde la perspectiva del derecho de acceso a los recursos del artículo 24.1 CE, sin que se contenga en la demanda de amparo ninguna consideración a este respecto, por lo que su contenido deberá quedar al margen de nuestro enjuiciamiento, sin perjuicio de que, de estimarse el recurso de amparo, hubiera de acordarse también su nulidad, en la medida en que declaró la firmeza de la Sentencia de suplicación recurrida.

2. Con carácter previo al enjuiciamiento de la cuestión de fondo, debemos analizar en primer lugar el óbice procesal puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal, para quien el recurso de amparo resultaría inadmisibles –lo que, en este momento procesal habría de conducir a su desestimación– por falta de cumplimiento del requisito previsto en el último inciso del artículo 49.1 LOTIC, toda vez que, según señala, la demanda, ni justifica, ni contiene referencia alguna a la especial trascendencia constitucional del recurso.

La mera lectura de la demanda de amparo pone, sin embargo, de manifiesto la inexistencia de tal óbice procesal y el exacto cumplimiento por la demandante del requisito considerado. En efecto, en el último párrafo del fundamento jurídico séptimo de la demanda la recurrente señala expresamente que entiende «que la cuestión que se plantea en este recurso es de relevancia constitucional al amparo de la STC 155/2009,

de 25 de junio, ya que la exigencia de la disposición adicional tercera letra c) de la Ley 40/2007 excluye al colectivo de transexuales de facto y, por lo tanto, rompe el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución por la imposibilidad física de tener hijos». Con ello hace la recurrente referencia expresa a uno de los casos específicamente contemplados en el fundamento jurídico 2 de nuestra STC 155/2009, de 25 de junio, cual es aquel en el que «la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general».

3. Entrando en el fondo de la vulneración aducida, hemos de recordar que la demandante ha visto denegada su solicitud de pensión de viudedad planteada al amparo de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, tanto en vía administrativa como en vía judicial, por la no concurrencia del requisito establecido en su letra c), que exige que «el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes».

Pues bien, nuestra reciente STC 41/2013, de 14 de febrero, ha declarado que la citada exigencia constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley consagrado por el artículo 14 CE, pues la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial regulada en la referida disposición, sino que conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supervivientes de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes (FJ 9).

Por tanto, en la medida en que es esta concreta previsión la que ha determinado la denegación de la pretensión de la recurrente y que la misma ha sido declarada inconstitucional y nula por este Tribunal por vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), debe concluirse, sin necesidad de mayores argumentos, que en el presente caso ha de otorgarse el amparo solicitado por vulneración de dicho derecho fundamental.

Encontrándonos, en realidad, ante un amparo de los contemplados en el artículo 43 LOTC, toda vez que la vulneración del derecho a la igualdad se habría causado por la aplicación en la inicial resolución administrativa de una previsión legal que ha sido declarada inconstitucional, el restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho exige la anulación de dicha resolución administrativa, así como la de las resoluciones judiciales que la confirmaron, y la retroacción de las actuaciones al momento anterior al de dictarse la misma, a fin de que por el órgano administrativo se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Iris Cuenca Cuenca y, en consecuencia,

1.º Reconocer que se ha vulnerado su derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, anular las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 13 de febrero y 2 de mayo de 2008, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 31 de Barcelona de 29 de enero de 2009, dictada en autos 515-2008, sobre viudedad, y la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de septiembre de 2010, que desestimó el recurso de suplicación 3676-2009 interpuesto contra la anterior, así como, en la medida en que declaró la firmeza de esta última Sentencia, la del Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2011, dictado en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3919-2010.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera de las resoluciones administrativas indicadas, a fin de que por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a ocho de abril de dos mil trece.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pablo Pérez Tremps.–Francisco José Hernando Santiago.–Luis Ignacio Ortega Álvarez.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Encarnación Roca Trías.–Firmado y rubricado.